Ist die Eintragungsbewilligung (§ 19 Grundbuchordnung) eine Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches?

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Gerloff

aus Berlin

Referendar am Kgl. Amtsgerichte zu Perleberg.

ACAD
JURIDICA
BERL

Approbiert am 15. Juli 1909.

Perleberg.

Druck und Verlag von F. Grunick.

1910.

237

Referent: Univ.-Professor Dr. Sieber.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0091

Literatur.

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1906.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung. Berlin 1901.

Biermann, Das Sachenrecht, 2. Aufl., 1903.

Binder, Prozessführung und Verfügungsmacht B.G.B. § 1380, 2. Heft der Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, Tübingen 1900, Bd. III, Tübingen 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 3. Aufl., 1906, Bd. I und III.

Eccius, Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Gruchot Beiträge Band 48, S. 465 ff.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte. Gruchot Beiträge Bd. 47, S. 51 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl., Berlin 1905.

Entwurf einer Grundbuchordnung nebst Motiven, ausgearbeitet durch die von dem Bundesrat berufene Kommission. 1889.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1888.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. (Bundesratsvorlage.) 1898.

Förster, Gesetzesauslegung und Anwendung. Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung. Das Recht. 1903. S. 53 ff.

Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches und zur Grundbuchordnung. 1906.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. II. Sachenrecht. 1905.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. V. Berlin 1897.

Hölder-Schollmeyer, Kommentar zum B.G.B. Bd. IV. 1. Aufl. 1900.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1904.

Koellner, Rechtssprechung in grundbuchrechtlichen Fragen und der neuen Rechte.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I und II. Berlin 1906.

Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit. Kohlers Archiv. Bd. 22, S. 1 ff.

Meikel, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. München 1908.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. B. I, Bd. III.
Müller, Einigung, Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B. für das Deutsche Reich. Bd. III. Berlin 1899.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. I und II. 4. Auflage, Berlin 1909.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil. 2. Auflage, Berlin 1908.
Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. I, 2. Aufl., Bd. III, 3. Aufl., 1906.
Predari, Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897. Berlin 1907.
Protokolle zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I u. III.
Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuches nach neuem deutschen Reichsrecht. Leipzig 1899.
Schulz, Der Begriff der Verfügung. Breslau 1903.
Schweitzer, Begriff und Nachweis der Eintragungsbewilligung. Leipzig 1903.
Seligsohn, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung. Rostock 1903.
Simon, Die Reichsgrundbuchordnung von 1897.
Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. Breslau. 1907.
Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Kohlers Archiv. Bd. 28.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Bd. I, 1904. Bd. III, 1906.
Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und preußischen Ausführungsbestimmungen. 3. Aufl. Paderborn 1906.
Wilutzky, Die Verfügung des B.G.B. Kohlers Archiv. Bd. 28.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bd. I und III. 9. Aufl., Frankfurt 1906.
Wolff, Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos geschlossene Kausalgeschäft einen klagbaren Anspruch auf die Rechtsänderung? Gruchot Beiträge. Bd. 47, S. 26 ff.
Wunderlich, Die Eintragungsbewilligung des heutigen Grundbuchrechtes. Leipzig 1906.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 25 und 31.
Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

§ 1. Die Stellung einer Rechtsnorm im Rechtssystem ist für ihren Inhalt nicht entscheidend.

Erstes Kapitel.

Der Begriff der Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 2. I. Die einzelnen Rechtsgeschäfte, welche im B.G.B. als Verfügungen bezeichnet sind.

§ 3. II. Die Verfügung im Sinne des B.G.B. ist nur rechtsgeschäftliche Verfügung.

§ 4. III. Der Gegenstand der Verfügung.

§ 5. IV. Die Wirkung der Verfügung, insbesondere im Gegensatz zum obligatorischen Rechtsgeschäfte.

§ 6. V. Die Verfügung über künftige Rechte.

§ 7. VI. Definition des Begriffes der Verfügung.

Zweites Kapitel.

Die rechtliche Natur der Eintragungsbewilligung.

§ 8 I. Materielles und formelles Konsensprinzip.

§ 9. II. Die Geschichte der Eintragungsbewilligung.

§ 10. III. Inhalt, Form und Anwendungsgebiet der Eintragungsbewilligung.

§ 11. IV. Eine präjudicielle Frage: Ist die Einigung eine Verfügung?

V. Das Verhältnis der Eintragungsbewilligung zu den für die Rechtsänderung erforderlichen Erklärungen des B.G.B.

§ 12. a) Die Eintragungsbewilligung ist nicht begrifflich Bestandteil der Einigung.

§ 13. b) Die Eintragungsbewilligung ist nicht begrifflich identisch mit den einseitigen Erklärungen des B.G.B.

§ 14. VI. Die Grenzen der Selbständigkeit der Eintragungsbewilligung.

§ 15. VII. Die Eintragungsbewilligung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung.

Drittes Kapitel.

Ergebnis der Untersuchung.

I. Konstitutive Eintragungen.

§ 16. a) Die Bewilligung der endgültigen Eintragung einer Rechtsänderung.

§ 17. b) Die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung.

II. Deklaratorische Eintragungen.

§ 18. Die Bewilligung der Berichtigung und der Eintragung eines Widerspruchs.

Schlussbemerkung.

§ 19. Das Verhältnis von Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag.

Abkürzungen.

Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung = Cbl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RGE.

Johow und Ring. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit = KGE.

Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeb. v. B. Mugdan u. R. Falkmann = ROLG.

Einleitung.

§ 1.

Die Stellung einer Rechtsnorm im Rechtssystem ist für ihren Inhalt nicht entscheidend.

Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches findet seine notwendige Ergänzung in der Reichsgrundbuchordnung. Erst seit der Anlegung eines Grundbuches kommen die Vorschriften des B.G.B. in Betracht, soweit sie den Erwerb, den Verlust oder die Aenderung eines Rechtes an einem Grundstück betreffen. (Art. 189 des E.G. z. B.G.B.)

Wenn auch die Reichsgrundbuchordnung vornehmlich geschaffen ist, um reichsrechtlich das Verfahren in Grundbuchsachen, also die formelle Seite des Liegenschaftsrechtes zu regeln, so folgt noch nicht aus dieser grundsätzlich formellen Natur des Gesetzes, dass seine Vorschriften das materielle Recht nicht berühren. Bei dem notwendigen Ineinandergreifen von formellem und materiellem Recht ist es dem Gesetzgeber nicht immer möglich, die begriffliche Scheidung auch äusserlich in strenger Trennung der gesetzlichen Bestimmungen durchzuführen. Die sedes materiae ist für die Entscheidung, ob eine Rechtsnorm materiellrechtlichen oder formellrechtlichen Inhalt hat, ohne Belang. [1]) Es kann folglich die im § 19 der Grundbuchordnung [2]) erwähnte Eintragungsbewilligung einen materiellrechtlichen Inhalt haben.

---

[1]) Vergl. z. B. C.P.O.: § 415 (Beweiskraft der Urkunden) § 830 (Wirksamkeit der Pfändung einer Briefhypothekenforderung); andererseits B.G.B. § 2273, wo lediglich formelle Vorschriften gegeben sind.

[2]) § 19 G.B.O.: Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.

Die Aufgabe unserer Untersuchung liegt darin, festzustellen, ob die Eintragungsbewilligung eine Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist. Der Begriff der Verfügung ist uns vom Gesetzgeber nicht gegeben; der Wissenschaft ist es überlassen, ihn zu konstruieren. So ergibt sich als gebotene Teilung unserer Untersuchung zunächst die Bestimmung des Begriffes der Verfügung und hiernach die rechtliche Konstruktion der Eintragungsbewilligung, welche uns zur Antwort führen wird.

Erstes Kapitel.

Der Begriff der Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 2.

I. Die einzelnen Rechtsgeschäfte, welche im B.G.B., als Verfügungen bezeichnet sind.

Wenn auch der Begriff der Verfügung im B.G.B. nicht bestimmt ist, so hat doch der Gesetzgeber uns zahlreiche Rechtsgeschäfte bezeichnet, welche Verfügungseigenschaft besitzen. Aus diesen Rechtsgeschäften werden wir die die Verfügung charakterisierenden Merkmale gewinnen können.

Der Entwurf I zum B.G.B. gebrauchte den Ausdruck „Verfügung“ oder „verfügen“ noch nicht in dem bestimmten technischen Sinne wie das B.G.B. Im Gegensatz zum B.G.B. umfasste der Begriff der Verfügung auch obligatorische Rechtsgeschäfte, wie sich aus § 1218 des Entwurfes ergibt, wo verkaufen als verfügen bezeichnet wird. [1]) Dieser prinzipielle Gegensatz zwischen Entwurf und geltendem Recht, der unten als wirklich bestehend erwiesen wird, verbietet uns, aus dem Entwurf allein für den gesuchten

---

[1]) Vereinzelt wird in der Literatur allerdings behauptet, dass auch noch nach B.G.B. obligatorische Rechtsgeschäfte Verfügungen seien. So Staudinger Anm. zu § 1544; dagegen die herrschende Ansicht. Vergl. insbesondere Binder S. 111.

Begriff der Verfügung Folgerungen zu ziehen, welche für das B.G.B. Anspruch auf Richtigkeit erheben können.

Andererseits ergibt eine vergleichende Gegenüberstellung von Entwurf I und Gesetz beachtenswerte Resultate für die gesuchte Begriffsbestimmung. Die Redaktionskommission des zweiten Entwurfes legte bei den redaktionellen Aenderungen dem Entwurf I gegenüber vor allem Wert auf eine prägnante Gesetzessprache, auf eine sprachliche Zusammenfassung der gleichbedeutenden Rechtsbeziehungen. So finden wir noch im Entwurf I eine kasuistische Aufzählung einzelner Rechtsgeschäfte, während im Entwurf II und im Gesetz an deren Stelle schlechthin das Wort Verfügung gesetzt ist. Es hat sich bei dieser Aenderung nicht um eine andere inhaltliche Gestaltung gehandelt, wie die Protokolle bestätigen. [1]) Wir sind daher sehr wohl zu der Annahme berechtigt, dass diese im Entwurf I genannten einzelnen Rechtsgeschäfte in den Umfang des Begriffes der Verfügung nach B.G.B. fallen.

Vergleichen wir nun einige Bestimmungen des Entwurfes I mit den entsprechenden Vorschriften des B.G.B.

§ 107 des Entwurfes lautet: „Die durch Rechtsgeschäft oder durch Urteil oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgende Uebertragung oder Aufhebung eines Rechtes und die Belastung einer Sache oder eines Rechtes . . ."

Demgegenüber bestimmt § 135 des B.G.B.: „Verstösst die Verfügung über einen Gegenstand . . . ."

Dieselbe Aenderung des Gesetzes dem Entwurf gegenüber ergibt sich aus einer Vergleichung der §§ 135 und 1300 des Entwurfes mit §§ 161 und 1395 des B.G.B.

Wir finden also, dass die Uebertragung oder Aufhebung eines Rechtes oder die Belastung einer Sache oder

---

[1]) Protokolle I S. 125. „Die Abweichungen sind lediglich formeller Art."

eines Rechtes durch das Wort Verfügung als den weiteren Begriff im B.G.B. ersetzt ist.

Auch das B.G.B. selbst gibt uns einige Beispiele für die Verfügungen. So heisst es z. B. § 353: „Hat der Berechtigte den empfangenen Gegenstand veräussert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind. § 1282 des B.G.B. spricht von dem Pfandgläubiger, der zur Einziehung der Forderung berechtigt ist und fährt fort: zu anderen Verfügungen ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt.

Wenn wir diese induktive Methode zwecks Feststellung der Begriffsmerkmale der Verfügung fortsetzen, so finden wir folgende Rechtsgeschäfte, welche Verfügungsqualität besitzen:

a) Uebertragung eines Rechtes
   Entwurf I §§ 107, 135, 1300 in Verbindung mit §§ 135, 161, 1395 des B.G.B. 1124 B.G.B.
b) Aufhebung eines Rechtes
   wie unter a.
c) Belastung[1]) einer Sache oder eines Rechtes
   wie unter a und § 2375 B.G.B.
d) Kündigung[2])
   Entwurf I § 1218, B.G.B. §§ 1074, 2114.
e) Einziehung der Forderung
   B.G.B. §§ 1282, 1074, 2114.
f) Erfüllung des Schenkungsversprechens B.G.B. § 1446.

[1]) Crome, I S. 327. „Belastung ist die derivativ-konstitutive Begründung dinglicher Rechte an einem Gegenstande des Verfügenden."

[2]) Ob die Kündigung eine Verfügung ist, wird in der Literatur bestritten. Kohler Bd. I S. 559. Oertmann, Anm. 2b zu § 185. Die Kündigung des Gläubigers ist u. E. als Verfügung zu betrachten.

g) Veräusserung[1]) B.G.A. § 2375.
h) Verzicht B.G.B. § 1165.
i) Vorrang einräumen B.G.B. § 1165.

§ 3.

II. Die Verfügung im Sinne des B.G.B. ist nur rechtsgeschäftliche Verfügung.

Diese Rechtsgeschäfte[2]), welche in den Umfang des Begriffes der Verfügung fallen, beweisen, dass in denjenigen Bestimmungen, wo das Bürgerliche Gesetzbuch ohne Bezeichnung der Art der Verfügung schlechthin von „Verfügung" oder „verfügen" spricht, die Verfügung durch Rechtsgeschäft zweifellos getroffen wird; m. a. W.: die rechtsgeschäftliche Verfügung ist stets eine Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Ausser diesen Fällen, wo das Gesetz schlechthin von Verfügung oder verfügen[3]) spricht, gibt uns das B.G.B. noch eine grosse Anzahl besonders benannter Verfügungen und es fragt sich, ob diese gleich wie die rechtsgeschäftlichen Verfügungen zu „den Verfügungen im Sinne des B.G.B." zu rechnen sind. So finden wir besondere Benennungen in § 1937 „Verfügung von Todes wegen" und „letztwillige" Verfügungen; in § 186 „gerichtliche" Verfügungen; in § 489 „einstweilige" Verfügung; in § 1721 Verfügung „der Staatsgewalt"; in § 161 Verfügungen „im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter" und endlich in Art. 111 des E.G. z. B.G.B. „tatsächliche" Verfügung

---

[1]) Von Veräusserung spricht das B.G.B. nur in dem Sinne der Rechtsübertragung, vgl. Windscheid-Kipp. I S. 3[illegible] Der Begriff der Verfügung ist weiter als der Begriff der Veräusserung.

[2]) Der Begriff des Rechtsgeschäftes wird [illegible] „Rechtsgeschäft ist eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung". Windscheid-Kipp I S. 310. Ebenso Motive I S. 126.

[3]) Eine Zusammenstellung der einzelnen Paragraphen findet sich bei Planck Anm. IX, 4 vor § 104; Crome, Anm. [illegible] zu § [illegible]

Werden diese besonders benannten Verfügungen getroffen, wenn das B.G.B. von Verfügung oder verfügen schlechthin spricht?

Die Verfügungen „durch die Staatsgewalt", „gerichtliche" oder „einstweilige" Verfügungen, welche wir als obrigkeitliche Verfügungen zusammenfassen können, kommen für die gesuchte Begriffsbestimmung der Verfügung im Sinne des B.G.B. nicht in Betracht. Hier hat die Verfügung die Bedeutung einer obrigkeitlichen Anordnung, sie hat also eine grundsätzlich andere Funktion als die Verfügung, welche im B.G.B. schlechthin als solche bezeichnet wird.

Eine weitere Kategorie der Verfügungen, nämlich die „von Todes wegen" scheidet gleichfalls für die Begriffsbestimmung von vornherein aus.[1]) Diese sind von dem Gesetzgeber zu den Verfügungen unter Lebenden in einen auffallenden Gegensatz gestellt; sie sind im fünften Buche des B.G.B. gesondert behandelt; es ist die Befugnis, solche Verfügungen zu treffen, besonders geregelt, so dass uns schon dieser in die Augen springende Gegensatz berechtigt, die Verfügung von Todes wegen für die Begriffsbestimmung der Verfügung schlechthin nicht in Erwägung zu ziehen. Wir würden sinnlose Ergebnisse bekommen, wollten wir annehmen, dass die Verfügung von Todes wegen in dem Begriffe der Verfügung, welche im B.G.B. schlechthin als solche genannt wird, enthalten sei.[2]) Die unten zu erläuternden Merkmale der Verfügung im Sinne des B.G.B. werden diese Ausscheidung überzeugend rechtfertigen.[3])

---

[1]) Ueber den Begriff der Verfügung von Todes wegen s. Planck, V. S. 26.

[2]) vergl. z. B. § 1395.

[3]) Es sei schon an dieser Stelle ein wesentlicher Unterschied zwischen den Verfügungen unter Lebenden und denen von Todes wegen hervorgehoben. Diese können zu einer Leistung verpflichten (Vermächtnis, Auflage), während jene, wie unten erwiesen wird, eine solche Verpflichtung zur Leistung nicht enthalten können, sich vielmehr selbst als Leistungsgeschäfte darstellen.

Wir sahen, dass die rechtsgeschäftliche Verfügung stets eine Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist. In den Motiven[1]) ist mit Bezug auf den Begriff verfügen bemerkt: „unter verfügen versteht der Entwurf, soweit nicht eine nähere Bestimmung beigefügt ist, rechtliches Verfügen". In der Literatur ist indes bestritten, ob mit dem rechtlichen, d. h. rechtsgeschäftlichen Verfügen der Begriff der Verfügung im Sinne des B.G.B., der Verfügung schlechthin, erschöpft ist. Einige Schriftsteller meinen, dass die Verfügung im Sinne des B.G.B. in gewissen Fällen die tatsächlichen Verfügungen mit umfasse, wenn sie auch zugeben, dass das Wort Verfügung überwiegend im Sinne von Verfügung durch Rechtsgeschäft gebraucht ist.

So erwähnt Engelmann bei den Erläuterungen zu der Verfügungsbefugnis des Mannes über das eingebrachte Gut der Frau[2]), dass die Verfügungsbefugnis „auch andere tatsächlich disponierende Vorgänge", wie z. B. den Abbruch oder Umbau eines Hauses betreffe. Insbesondere ist dieser Standpunkt von Jastrow vertreten.[3])

An einigen Stellen des B.G.B. wie z. B. §§ 110, 2137 Abs. 2, 2363 Abs. 1 ist Verfügung nicht in einem technischen Sinne gebraucht, sondern eine im täglichen Leben übliche Ausdrucksweise getroffen: Es kann der Minderjährige (§ 110) mit den überlassenen Mitteln schalten und walten, wie er es für gut befindet. Es ist demnach in dem Wort Verfügung hier allerdings gleichzeitig die tatsächliche Verfügung enthalten. So wäre es wohl erklärlich, wenn auch in den übrigen Bestimmungen die Verfügung in einem die tatsächliche Verfügung umfassenden Sinne gebraucht wäre.

Jedoch gibt das Gesetz hierfür keinen Anhalt. Dies erhellt aus dem wiederholt vom Gesetzgeber ausgesprochenen

---

[1]) Motive zum B.G.B. I S. 128.
[2]) Staudinger, Anm. 4 zu § 1375.
[3]) Zeitschrift für Zivilprozess Bd. 25 S. 128 ff.

Gegensatz zwischen tatsächlichem und rechtlichem Verfügen. Man würde die sorgfältige Tätigkeit der Redaktionskommission, welche im Gegensatz zu einer kasuistischen Aufzählung auf die begriffliche Zusammenfassung der einzelnen Rechtsakte besonderen Wert legte, verkennen, wollte man mit Jastrow die neben der Verfügung genannten tatsächlichen Rechtsakte in dieser enthalten und damit als überflüssig erwähnt kennzeichnen. So ist z. B. in den §§ 351, 352 einerseits und 353 andererseits, ferner in § 487 Abs. 2 die Verfügung den tatsächlichen Veränderungen gegenübergestellt. Schliesslich ist bei der ausdrücklichen Erwähnung einer tatsächlichen Verfügung in Art. 111 E.G. z. B.G.B. durch argumentum e contrario zu schliessen, dass das B.G.B. unter Verfügung nur rechtliche Verfügung versteht.

Die von Jastrow angeführten Beispiele überzeugen nicht.

Als erstes Argument führt er § 1375 an: „Das Verwaltungsrecht des Mannes umfasst nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen". Sollte hier unter verfügen nur rechtliches, nicht auch tatsächliches Verfügen verstanden werden, so müsste, wie Jastrow meint, die Frau ruhig zusehen, wenn ein aus langem Familienbesitz ererbter Garten von dem Manne kassiert und in Baustellen verwandelt würde, wenn der Mann die Möbel zertrümmere.

Demgegenüber ist zu entgegnen, dass an der Pflicht einer ordnungsmässigen Verwaltung die Willkür des Mannes ihre Schranke findet. Zu einer ordnungsmässigen Verwaltung gehört keineswegs nur die wirtschaftlich zweckmässigste Ausnutzung, sodass der Mann mit einer Parzellierung des Gartens in Baustellen im besten Sinne wirtschaftlich verfahren und somit ordnungsmässig verwalten würde; sondern es ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände der Zweckbestimmung des eingebrachten Gutes gemäss Rechnung zu tragen. Wie Treu und Glauben es verlangen, so hat der Mann zu handeln, wenn er seine Handlung ordnungsmässig nennen will. Verbrennt demnach der Mann ohne ersicht-

liche Veranlassung die Möbel, so verletzt er die ihm obliegende Pflicht, ordnungsmässig zu verwalten, und wird der Frau schadenersatzpflichtig. In § 1391 ist ferner der Frau in dem Rechte, Sicherheitsleistung zu verlangen, wenn der Mann ihre Rechte gefährdet, ein vorbeugender Schutz gegeben. Wir gelangen also, wenn auch in gegensätzlicher Auffassung zu Jastrow, zu einem befriedigenden Resultat.

Ferner findet Jastrow einen Beweis der Richtigkeit seiner Ansicht in der Gegenüberstellung der §§ 1037 und 1048. Der erstere verbietet dem Niessbraucher einer Sache, diese wesentlich zu verändern. Eine Ausnahme dieses Grundsatzes ist nach Jastrows Ansicht in § 1048 enthalten: „Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Niessbrauches, so kann der Niessbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen."

Auch dieses Argument ist nicht stichhaltig. § 1048 ist nicht eine Ausnahme von § 1037, sondern bildet eine selbständige Bestimmung für den Niessbrauch am Inventar eines Gutes. Der Niessbraucher oder Pächter eines Landgutes befriedigt seinen Lebensbedarf, soweit das möglich ist, aus eigenen Produkten des Gutes. Das Mehl des Kornes, das auf dem Felde seines Gutes wuchs, die selbst gepflanzte Kartoffel verwendet er zu seinen Speisen. Wenn also Jastrow es für rechtswidrig erachtet, dass der Niessbraucher die Hühner schlachtet und brät, wenn nicht der rettende Paragraph 1048 in dem Begriff der Verfügung auch tatsächliches Verfügen enthält, da ja § 1037 ausdrücklich jede Veränderung verbietet, so ist demgegenüber zu erwidern, dass es einer solchen Interpretation nicht bedarf. Vielmehr hat es der Gesetzgeber für etwas Selbstverständliches gehalten — und das tägliche Leben bestätigt diese Auffassung auf das treffendste — dass der Niessbraucher tatsächliche Verfügungen über sein Inventar trifft. In dem Recht ordnungsmässiger Nutzniessung ist dieses Recht

ohne Zweifel enthalten.[1]) Die Folgerungen, welche Jastrow zieht, scheinen damit widerlegt, sodass in der Tat, den Motiven folgend, das gewordene Recht unter Verfügung nur rechtliches Verfügen versteht.[2])

Wir finden schliesslich im B.G.B. die Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter vielfach den Verfügungen schlechthin gleichgestellt. Es ist zu untersuchen, ob diese Gleichstellung nur besonderer Hervorhebung wegen geschehen ist, sodass diese besonders benannten Verfügungen bereits inhaltlich in dem Begriff Verfügung enthalten sind. Mit anderen Worten: Ist die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter[3]) eine Verfügung im Sinne des B.G.B.?

Die Motive[4]) bemerken zu der Gleichstellung: „Wenn diese in einzelnen Fällen im Interesse der Deutlichkeit besonders hervorgehoben ist, so darf daraus für andere Fälle kein gegenteiliger Schluss gezogen werden.“ Wenn wir nun diejenigen Bestimmungen, wo eine Gleichstellung nicht erfolgt ist, auf die Möglichkeit einer solchen hin prüfen, so werden wir fast ausschliesslich zu einer Bejahung gelangen müssen. Immerhin ist diese Gleichstellung nicht ausschliesslich durchzuführen, wie die §§ 1819, 1821 erweisen, welche zu einer Verfügung des Vormundes die

---

[1]) Ferner findet Jastrow im § 1377 Abs. 3 eine Ausnahme von 1375 und folgert daraus, dass auch Verbrauchen Verfügen sei. Richtig ist indes, dass § 1377 Abs. 3 nicht eine Ausnahme von § 1375, sondern von § 1377 Abs. 1 ist.

[2]) Zu demselben Resultat gelangt Seligsohn S. 12.

[3]) Die sehr umstrittene Frage über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters findet hier keine Darstellung. Der Konkursverwalter ist nach der herrschenden Meinung ein öffentliches Vollstreckungsorgan mit publizistischen Funktionen. Verfügungen durch den Konkursverwalter stehen Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung gleich. R.G.E. Bd. 42 S. 85 ff.

[4]) Motive I S. 128.

Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes verlangen; ebenso dürfte § 185 nur auf rechtsgeschäftliche Verfügung angewandt werden.[1]) Diese Ausnahmen weisen darauf hin, dass das B.G.B., obgleich in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die Gleichstellung erforderlich ist, dennoch begrifflich die Verfügung schlechthin in einen Gegensatz zu den Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter gestellt hat. In der Tat ist diese Gleichstellung nur eine wirtschaftliche: sowohl die rechtsgeschäftliche Verfügung wie die zwangsweise vollzogene Verfügung haben denselben Erfolg, sie vollziehen den Wechsel von Vermögenswerten.[2]) Inhaltlich umfasst die Verfügung im Sinne des B.G.B. die Zwangsverfügungen nicht, so dass die erstere als gemeinsamer Oberbegriff die rechtsgeschäftliche und die Zwangsverfügung als Unterbegriffe enthielte.[3])

Eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursververwalter erfolgt ohne den Willen des Beteiligten; der staatliche Zwangsakt ersetzt nicht den Willen, sondern erreicht ohne Rücksicht auf diesen den Erfolg. Anders verhält es sich mit den Verfügungen durch Urteil, welche noch im Entwurf I als den privatrechtsgeschäftlichen Verfügungen gleichgestellt besonders erwähnt wurden. Wegen der begrifflichen Identität (§ 894 Z.P.O.) hat man die Gleichstellung im Gesetze nicht erwähnt. Hingegen kann von einer fingierten Willenserklärung bei Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter nicht die Rede sein, sodass eine von diesem Standpunkte aus beanspruchte sogar begriffliche Gleichstellung[4]) abwegig erscheint.[5])

---

[1]) Oertmann Anm. 2b zu § 185. Staudinger, Anm. zu § 185.
[2]) vergl. Binder S. 110.
[3]) A. M. Sohm S. 202, 203.
[4]) So Seligsohn S. 22.
[5]) Unsere Ansicht teilt Windscheid-Kipp Bd. I § 69.

So kommen wir zu dem Ergebnis, dass das Bürgerliche Gesetzbuch unter einer Verfügung schlechthin nur diejenige versteht, welche ihren Grund in der Willenserklärung einer Privatperson findet. Die Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist eine privatrechtsgeschäftliche Verfügung. Diese ist in folgendem gemeint, wenn von der Verfügung schlechthin gesprochen wird.

§ 4.

III. Der Gegenstand der Verfügung.

Wer eine Sache überträgt oder belastet, verschafft dadurch einem anderen ein Recht an der Sache, ein dingliches Recht. Indes ist die Verfügung keineswegs auf Sachenrechte beschränkt, und deshalb ist der Begriff der Verfügung, welcher als unmittelbare Aenderung eines dinglichen Rechtes aufgestellt wird, als zu eng zu verwerfen. Wer eine Forderung überträgt, wer eine solche einzieht, verfügt auch im Sinne des B.G.B.

Gegenstand der Verfügung kann vielmehr jedes Vermögensrecht sein. Wir halten es für den Begriff des Vermögensrechtes nicht für wesentlich, dass es ein geldwertes oder wirtschaftliches Recht ist. Das Eigentum an einem benutzten Eisenbahnbillett, obgleich wirtschaftlich wertlos, ist dennoch ein Vermögensrecht. Nicht der wirtschaftliche Wert, sondern die Verkehrsfähigkeit gibt einem Rechte die Eigenschaft, Vermögensrecht zu sein. [1])

Nur ein einzelnes Vermögensrecht kann als Gegenstand einer Verfügung in Betracht kommen, nicht ein Sach-

---

[1]) Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, auf diese Streitfrage näher einzugehen. Vgl. Kipp Bd. I § 42, Oertmann Bd. I S. 242, Sohm S. 185.

Wir haben als Gegenstand einer Verfügung ein Vermögensrecht — und nicht schlechthin ein Recht — verlangt, um zum Ausdruck zu bringen, dass es Rechte gibt, über welche nicht verfügt werden kann.

inbegriff als eine Mehrheit von Sachen, nicht ein Vermögen als eine Vielheit von Vermögensrechten.

An mehreren Stellen erwähnt das B.G.B. Sachgesamtheiten, so z. B. im § 92 die zu einem Sachinbegriffe gehörigen Sachen, in § 587 das Inventar eines Grundstücks und in § 1035 den Niessbrauch an einem Inbegriffe von Sachen. Hier ist zwar eine wirtschaftliche Einheit der an sich selbständig bleibenden Sachen im Gesetz zum Ausdruck gebracht; es ist jedoch nicht eine rechtliche Einheit, eine einheitliche ideelle Sache im B.G.B. anerkannt. [1]) Der Begriff der Sache ist im B.G.B. auf körperliche Gegenstände beschränkt. (§ 90 B.G.B.)

Dass diese Darlegungen nicht nur rein theoretische, sondern erheblich praktische Bedeutung haben, mag das folgende Beispiel beweisen. Das gesamte lebende Inventar eines Gutes, das nur aus 5 Pferden bestehen soll, wird verkauft und übergeben. Der Verkäufer war Eigentümer nur von 4 Pferden, da er, wie sich später herausstellt, das fünfte von einem Pferdedieb erworben hatte. Es wird keinem Zweifel unterliegen, dass der Käufer an den übrigen vier Pferden unantastbares Eigentum erworben hat. Diese Folgerung könnte nicht gezogen werden, wenn nur eine Verfügung über das Inventar als ideelle Sache angenommen würde. Es ist nicht eine Verfügung über 5 Pferde als gedachte Sacheinheit, sondern es sind 5 selbständige Verfügungen über je 1 Pferd getroffen worden. [2])

So können persönliche Rechte nicht Gegenstand der Verfügung sein. Wer ein Kind an Kindes Statt annimmt, wer ein Kind als ehelich anerkennt, wirkt dadurch unmittelbar auf die persönlich-rechtlichen Verhältnisse ein, jedoch verfügt er nicht im Sinne des B.G.B., da im Ernste nicht angenommen werden kann, dass auch nur eine Vorschrift des B.G.B. über Verfügungen auf diese Verhältnisse Anwendung findet.

[1]) Ueber diese Frage vgl. Cosack Bd. I S. 147, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 90, Staudinger Bd. I S. 255; gegen unsere Ansicht anscheinend Wilutzky S. 56.

[2]) Dass im Verkehr die einzelnen Verfügungen einheitlich in die Erscheinung treten, darf die juristische Scheidung nicht beeinflussen.

Ebensowenig kann ein Vermögen [1]) als solches Gegenstand der Verfügung sein.

Wo das B.G.B. ein Vermögen als Ganzes auf eine Person übergehen lässt, ohne dass es einzelner Uebertragungsakte bedarf, wie bei der Erbfolge, bei dem Ehevertrag der Gütergemeinschaft, handelt es sich nicht um Verfügungen im Sinne des B.G.B. [2]), sondern um Geschäfte mit persönlich-rechtlichem Charakter. In dem persönlichen Verhältnis liegt die causa des einheitlichen Vermögensüberganges. [3])

Eine Verfügung über ein Vermögen als Ganzes ist nach B G.B. unmöglich. [4]) „Es ist unstatthaft, ein Recht an einem Gegenstande anzunehmen, der nicht beweglich, nicht unbeweglich, der nicht künstlich, nicht natürlich ist, der sich nur als künstliche Zusammenfassung einer Vielheit der verschiedensten Einzelgegenstände ergibt.“ [5]) Wer sein Vermögen einem anderen übertragen will, kann dies nur in der Art, dass er die einzelnen erforderlichen Uebertragungsakte vornimmt.[6]) Er muss die Grundstücke auflassen, die beweglichen Sachen übergeben, die Forderungen

[1]) Ueber den Begriff des Vermögens vgl. Oertmann Bd. I S. 242 ff.

[2]) Vgl. Sohm S. 195, wo die Rechtssätze des B.G.B. über Verfügungen zusammengestellt sind.

[3]) So Oertmann Bd. I S. 243: „In den Fällen der erb- und güterrechtlichen Gesamtnachfolge erklärt sich das einheitliche Schicksal der davon ergriffenen Vermögensmassen nicht aus deren objektiver Einheit, sondern subjektiv aus der vermögensrechtlichen Verschmelzung der beteiligten Vermögensträger“.

[4]) Ebenso Staudinger Bd. I S. 258; Sohm S. 197; Dernburg Bd. I S. 354 Anm. 9 zu § 103; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1444.

[5]) Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 22 S. I.

[6]) Ueber die scheinbare Ausnahme in § 2033 (Verfügung eines Miterben an seinem Anteil) vgl. Sohm S. 198, Schulz S. 47.

Immerhin hat die Zusammenfassung zu einem Vermögen nicht unerhebliche rechtliche Bedeutung, so z. B. hinsichtlich der Subrogation und der Haftung; vgl. die ausführlichen Erörterungen von Kohler, Archiv Bd. 22 S. 2 ff.

abtreten. Diese Auffassung findet im Gesetz ihre Bestätigung im § 1085: „Der Niessbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, dass der Niessbraucher den Niessbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt".

Gegenstand der Verfügung kann somit nur ein einzelnes Vermögensrecht sein.

§ 5.

IV. Die Wirkung der Verfügung, insbesondere im Gegensatz zum obligatorischen Rechtsgeschäfte.

Welche Wirkung übt die Verfügung auf das von ihr betroffene Recht aus?

In der Literatur finden wir meistens eine Aufzählung der einzelnen Wirkungen der Verfügung[1]), wie Uebertragung, Belastung oder Aufhebung eines Rechtes und nur seltener allgemeine Bezeichnungen[2]) wie Rechtsänderung oder Rechtsminderung.

Es ist leicht irreführend, von einer Rechtsminderung als Wirkung der Verfügung zu sprechen, da diese Benennung zu der Auffassung führen könnte, dass auf seiten des Verfügenden mit der Verfügung stets und ausschliesslich ein Rechtsverlust eintreten müsste. Bei der weit überwiegenden Mehrzahl der Verfügungen wird dies der Fall sein. Andererseits wird im B.G.B. auch die Kündigung[3]) als Verfügung genannt. Mit der Kündigung eines unverzinslichen Darlehens seitens des Gläubigers wird der Schuldner, in dessen Belieben bis zur Kündigung die Rückerstattung des Darlehns gestellt war, verpflichtet, nach einer bestimmten Frist zu zahlen. Die Forderung wird durch die Kündigung

---

[1]) Planck Vorbem. vor § 104; Turnau-Förster Bd. I S. 105.

[2]) Staudiger Bd. I S. 305; Dernburg Bd. I S. 382; Schulz S. 44.

[3]) Es ist nur die Kündigung des Gläubigers gemeint. Die Kündigung des Schuldners verpflichtet ihn zur Leistung, ist also nicht Verfügung.

des Gläubigers in naher Zeit eintreibbar, sie erlangt damit einen höheren Verkehrswert. Lediglich von einer Rechtsminderung auf seiten des Verfügenden kann hier also nicht gesprochen werden.

Sohm unterscheidet die echten Verfügungsgeschäfte, welche stets eine Vermögensminderung auf seiten des Verfügenden ausschliesslich herbeiführen, und die verfügenden Gestaltungsgeschäfte[1]); so genannt, weil infolge der Ausübung eines Gestaltungsrechts[2]), wie z. B. des Kündigungsrechtes, die beabsichtigte Wirkung eintritt. Beide Kategorien der Verfügungsgeschäfte umfasst der Begriff der Verfügung im Sinne dss Bürgerlichen Gesetzbuches.

Wir werden es deshalb vorziehen, wollen wir allgemein die Wirkung der Verfügung charakterisieren, von einer Rechtsänderung oder Rechtseinwirkung zu sprechen[3]).

Das wesentlichste Merkmal der Verfügung liegt darin, dass sie „unmittelbar" auf den Gegenstand einwirkt.

Das tritt besonders scharf hervor, wenn wir die Verfügung dem obligatorischen Rechtsgeschäfte gegenüberstellen. Auch das obligatorische Rechtsgeschäft hat eine unmittelbare Wirkung, nämlich die, eine Person zu einer Leistung zu verpflichten; jedoch wird der Gegenstand der Verpflichtung durch das obligatorische Rechtsgeschäft nur mittelbar, durch die Person des Verpflichteten, getroffen. Nur in Beziehung auf den Enderfolg kann daher hinsichtlich ihrer Wirkung die Scheidung von obligatorischem Rechts-

---

[1]) Auf die verfügenden Gestaltungsgeschäfte finden nicht sämtliche Vorschriften über Verfügung Anwendung. Vgl. Sohm S. 201; Planck Anm. 3 zu § 185.

[2]) „Gestaltungsrecht ist das subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft". Seckel in der Festgabe für Koch Berlin 1903 S. 280.

[3]) Ganz allgemein bezeichnet Oertmann (Bd. I S. 242) eine Verfügung als ein Rechtsgeschäft, das „unmittelbar des Gegenstandes Rechtslage ändert".

geschäft und Verfügung verstanden werden. Ohne Rücksicht auf den Gegenstand ist eine unmittelbare Wirkung beiden gemeinsam; fasst man jedoch diesen als den Zielpunkt des Rechtsaktes ins Auge, so ist nur der Verfügung unmittelbare Wirkung zuzuschreiben. „Die Verfügung führt die gewollte Rechtsänderung unmittelbar herbei, indem sie den Gegenstand selbst ergreift, an dem die Rechtsänderung eintreten soll; das die Verpflichtung zu einer Verfügung begründende Rechtsgeschäft erreicht diesen Zweck nur mittelbar, es ergreift nicht den Gegenstand selbst, sondern verpflichtet den Schuldner, das die gewollte Rechtsänderung herbeiführende Rechtsgeschäft vorzunehmen".[1])

In der Regel wird der Verfügung ein obligatorisches Rechtsgeschäft vorausgehen. Das obligatorische Rechtsgeschäft kann ferner mit der Verfügung zusammenfallen, wie uns im Barkauf ein Beispiel des täglichen Lebens gegeben wird. Auch ohne obligatorische Grundlage ist eine Verfügung denkbar.[2]) Wer auf ein Recht verzichtet, wer dem Blinden auf der Strasse aus Mitleid eine Unterstützung gibt, verfügt im Sinne des B.G.B., ohne durch obligatorisches Rechtsgeschäft verpflichtet zu sein. Wie sich auch die Verfügung darstellen mag, ob als Erfüllung einer Verpflichtung oder als Leistung aus rechtlich irrelevanten Motiven, stets ist daran festzuhalten, dass sie Leistung ist, nicht die Verpflichtung zu einer solchen in sich trägt.[3])

---

[1]) Staudinger Bd. I S. 305.

[2]) Es ist deshalb nicht zutreffend, wenn Wilutzky S. 57 Verfügung mit Erfüllung identifiziert.

[3]) In der Literatur (Staudinger, Bemerkungen zu § 1544) ist auch vereinzelt die Meinung vertreten, dass schon die obligatorischen Rechtsgeschäfte zu den Verfügungen im Sinne des B.G.B. zu rechnen sind. Man unterscheidet Verfügungen im engeren und weiteren Sinne. Die oben erwähnten Beispiele und der im Gesetz selbst betonte Gegensatz zwischen Verfügung und Verpflichtung sind u. E. ausreichend, um diese Ansicht zu widerlegen. Vgl. insbesondere Binder S. 111; auch R.G.E. Bd. 48 S. 135, Bd. 50 S. 82, Bd. 52 S. 114.

Andererseits ist gegen die herrschende Ansicht zu betonen, dass eine Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches schon dann gegeben ist, wenn das Rechtsgeschäft unmittelbar auf die Rechtsänderung gerichtet ist. Es ist für den Begriff der Verfügung nicht wesentlich, dass die Rechtsänderung bereits im Augenblick der Vornahme der Verfügung eintritt.

Das erhellt aus § 185 Abs. 2 des B.G.B., wo bestimmt wird, dass eine Verfügung, welche ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam wird, wenn der Berechtigte sie genehmigt, oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt. Schon vor der Konvaleszenz ist eine Verfügung vorhanden; denn ein Nichts kann nicht konvaleszieren. Im Augenblick der Genehmigung oder des Erwerbes wird die Wirksamkeit, nicht die Existenz der Verfügung rechtlich anerkannt. Die unwirksame Verfügung ist schon Verfügung[1]), obgleich sie die Rechtsänderung noch nicht herbeiführt.[2])

Wie unten dargelegt wird, sind auch Verfügungen über künftige Rechte zulässig. Bei einer solchen Verfügung ist das Rechtsgeschäft unmittelbar auf die Rechtsänderung gerichtet, nicht aber wird diese bereits im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes herbeigeführt; denn was noch nicht ist, kann noch nicht geändert werden.[3]) Wer daher mit uns eine Verfügung über künftige Rechte zulässt, kann füglich nicht anders, als für den Begriff der Verfügung nur die unmittelbare Richtung verlangen.

Ebensowenig kann einem Rechtsgeschäft deshalb der Verfügungscharakter abgesprochen werden, weil es erst in Gemeinschaft mit einem staatlichen, also nicht rechtsge-

---

[1]) Ebenso Simon S. 57 und 59. „Sachenrechtliche Einigung."

[2]) Lediglich das äussere Besitzverhältnis bewirkt eine Rechtsänderung nicht.

[3]) Vgl. Eccius Gruchot Beiträge Bd. 48 S. 465.

schäftlichen Akt, wie z. B. der Eintragung, die Rechtsänderung herbeiführt.

„Dass ein Rechtsgeschäft die unmittelbar gewollte Rechtsänderung nicht für sich allein, sondern in Verbindung mit einem — nicht rechtsgeschäftlichen — weiteren Tatumstande herbeizuführen imstande ist, nimmt ihm den Charakter einer Verfügung nicht".[1])

Das Eigentum an einem Grundstücke wird erworben durch Auflassung und Eintragung. Die Eintragung ist ein staatlicher Akt, von dem der Uebergang des Eigentums, also die Vollendung der beabsichtigten Rechtsänderung, abhängt; sie ist aber nicht eine Verfügung. Wie oben § 3 erwiesen wurde, ist die Verfügung im Sinne des B.G.B. ein Rechtsgeschäft und zwar hat sie ausschliesslich rechtsgeschäftliche Natur. Die Verfügung kann somit nur in der der Eintragung vorangehenden Auflassung gefunden werden, welche unmittelbar auf die Rechtsänderung abzielt.[2]) Allein das vorangehende Rechtsgeschäft, das den staatlichen Rechtsvollendungsakt unmittelbar zur Folge hat, erscheint als Verfügung.

Auch in diesem Falle ist also ein Rechtsgeschäft, das für sich allein die Rechtsänderung zwar nicht hervorbringt, jedoch unmittelbar auf diese gerichtet ist, als Verfügung zu betrachten.

Nach diesen Argumenten müssen wir den Begriff der Verfügung, welcher von Plank[3]) gegeben wird: „Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird"[4]), als zu eng verwerfen, da in dieser Definition nicht

[1]) R.O.L.G. Bd. 5 S. 418.

[2]) So Förster S. 57 ff.; Oertmann Bd. I S. 301; Planck Bd. I S. 324 Anm. 2 zu § 185; Predari S. 307; A. M. Eccius Bd. 47 S. 53 ff.

[3]) Bd. I. S. 185 IX. 4.

[4]) Ebenso die herrschende Meinung. Vgl. z. B. Binder S. 109, 112; Hölder S. 303; auch wohl Oertmann Bd. I S. 300, der allerdings allgemein von der „Aenderung der Rechtslage" spricht.

alle Verfügungen des B.G.B. enthalten sind. Mit dem O.L.G. Jena[1]) definieren wir vielmehr die Verfügung als dasjenige Rechtsgeschäft, welches unmittelbar auf Uebertragung, Belastung, Aufhebung oder Aenderung eines Rechtes abzielt"[2]).

Die unmittelbare Richtung auf Rechtsänderung genügt.[3])

Die hiernach scheinbar grosse Erweiterung des Begriffes der Verfügung findet ihre Grenzen an der geforderten Unmittelbarkeit der Richtung. Wir behaupten nur dann von einem Rechtsgeschäft, es sei unmittelbar auf Rechtsänderung gerichtet, wenn wir durch das Rechtsgeschäft unsere Macht, in die rechtlichen Verhältnisse einzugreifen, im konkreten Falle verbraucht haben. Ein Rechtsgeschäft ist nur dann unmittelbar auf Rechtsänderung gerichtet, wenn nicht nur der Wille des Beteiligten die Rechtsänderung unmittelbar erfasst, sondern wenn gleichzeitig das Gesetz dem Rechtsgeschäft die Kraft künftiger Rechtsänderung beilegt.[4]) Ob im gegebenen Falle für die Vollendung der Rechtsänderung noch das Tätigwerden anderer Personen[5]) oder staatlicher Organe erforderlich wird, ist für die Beurteilung der Unmittelbarkeit ohne Belang. Die von dem Willen des Beteiligten unabhängige Gewissheit des Eintritts der Rechtsänderung muss schon im Augenblick der Vornahme des Rechtsgeschäfts gegeben sein, wenn dieses als Verfügung angesprochen werden soll. In diesem Sinne wird von uns die geforderte Unmittelbarkeit der Richtung verstanden.

---

[1]) R. O.L.G. Bd. 5 S. 418.

[2]) Ebenso Predari S. 189 und 307; Güthe Bd. I S. 353; Engelmann in Staudingers Kommentar Bd. 4 Anm. 1 b zu § 1375; vgl. auch Planck Bd. III S. 116.

[3]) Vgl. Windscheid-Kipp Bd. I § 69 Anm. 1 d.

[4]) Ohne dieses Erfordernis würde jede Begrenzung der Verfügung ausgeschlossen. Fasst man die Unmittelbarkeit nicht in unserem Sinne auf, so müsste bei unserer Definition schon jedes obligatorische Rechtsgeschäft Verfügung sein.

[5]) Vgl. die unten § 10 gegebene Darstellung (Eintragungsantrag).

Wenn der Beteiligte alles getan hat, um eine Rechtsänderung herbeizuführen, sodass die künftige Rechtsentwickelung vor sich geht, ohne dass auf seiten des Beteiligten ein nochmaliger rechtsgeschäftlicher Akt erforderlich wird, so hat er über das Recht verfügt.

§ 6.

V. Die Verfügung über künftige Rechte.

Es bleibt schliesslich noch zu beantworten, ob Gegenstand der Verfügung nur ein bestehendes Recht sein kann, oder ob auch über künftige Rechte eine Verfügung zulässig ist.

Eccius gibt eine verneinende Antwort: „Ohne das Vorhandensein des Gegenstandes ist die Begründung eines dinglichen oder dem dinglichen entsprechenden Verhältnisses zu dem Gegenstande logisch undenkbar. Es muss hiernach dabei bleiben, Verfügung über etwas, was nicht ist, widerspricht dem Wesen der Verfügung.“ Er schliesst seinen Aufsatz mit den Worten: „Die Schranken meines Denkvermögens entziehen mir die Möglichkeit der Annahme einer dinglich wirkenden Verfügung über das, was nicht ist. Verfügung über ein Nonens erscheint mir als Nonsens!“[1]) Diesen Worten ist beizupflichten, solange man für den Begriff der Verfügung die Forderung unmittelbarer Rechtsänderung aufstellt. Diese ist allerdings in der Gegenwart über Rechte der Zukunft undenkbar. Lässt man es jedoch für den Begriff der Verfügung genügen, dass das Rechtsgeschäft unmittelbar auf Rechtsänderung gerichtet ist, so sind Verfügungen über künftige Rechte sehr wohl denkbar.

Insbesondere hat Thur[2]) den Standpunkt vertreten, dass Verfügungen über künftige Rechte möglich sind.[3]) Als Beispiel gibt er die antizipierte Zession einer Forderung.

---

[1]) Gruchot Beiträge Bd. 48 S. 465.

[2]) D.J.Z. 1904 S. 426.

[3]) Ob die Bestimmungen des § 185 B.G.B. bei den Verfügungen über künftige Rechte Anwendung finden, bleibt hier unerörtert. Vgl. Oertmann Bd. I S. 570 Anm. 9.

U. E. liegt keine Veranlassung vor, eine derartige Verfügung in den Bereich der Unmöglichkeit zu verweisen. Warum soll es nicht möglich sein, über die Mietzinsforderung eines zur Zeit noch nicht vermieteten Hauses zu verfügen? Die Ungewissheit der Entstehung der wirtschaftlichen Werte kann nicht ausschlaggebend sein; denn gleich ungewiss ist es z. B. bei der Verfügung über das bestehende Recht eines anderen, ob dieser seine Genehmigung erteilen wird. Wie bei der Verfügung über fremde bestehende Rechte die Genehmigung dieser Wirksamkeit verleiht, so liegt bei der Verfügung über künftige zur Zeit noch nicht bestehende Rechte in der Geburt des Rechtes die Lebenskraft der Verfügung.

Nur das eine darf nicht ausser Betracht gelassen werden. Es muss das künftige Recht im Augenblick der Verfügung bestimmbar und bestimmt sein. Völlig unbebestimmten Rechtsgütern der Zukunft, über deren Bedeutung die Parteien nicht einmal selbst im klaren sind, kann das Gesetz seinen Schutz nicht gewähren. Kohler[1]), der gleichfalls diese Ansicht vertritt, äussert bei der Besprechung der antizipierten Zession, dass die Unsicherheit der Uebertragung nicht jeder vernünftigen Berechnung spotten und solche zum blossen Glücksspiel gestalten dürfe. Ist aber diese Schranke gewahrt, dann ist es statthaft, auch in das frische Walten der Zukunft einzugreifen."[2])

Eine Verfügung über ein künftiges Recht ist zulässig.[3])

---

[1]) Kohler, Lehrb. des B.G.B. Bd. II S. 157.

[2]) Praktisch wird ein Fall der Verfügung über Rechte der Zukunft äusserst selten sein.

[3]) Ebenso R.G.E. Bd. 55 S. 334. „Die Bejahung der Zulässigkeit entspricht auch unverkennbar einem dringenden Verkehrsbedürfnisse, dessen Nichtbefriedigung, falls sie vom B.G.B. gewollt wäre, sicher nicht ohne nähere Begründung geblieben wäre". Oertmann S. 570 Anm. 7 gibt die Möglichkeit der Verfügung über künftige Rechte gleichfalls zu, leugnet jedoch die Anwendung des § 185 B.G.B.

§ 7.

VI. Definition des Begriffes der Verfügung.

Nach diesen Erörterungen bestimmen wir den Begriff der **Verfügung als ein Rechtsgeschäft, welches „unmittelbar" auf die Aenderung eines Vermögensrechtes gerichtet ist.** Ob diese Rechtsänderung bereits im Augenblick der Vornahme des Rechtsgeschäfts herbeigeführt wird oder später eintritt, ist für den Begriff der Verfügung ohne Bedeutung, wenn nur ohne das Hinzutreten eines weiteren rechtsgeschäftlichen Aktes auf seiten des Verfügenden die Rechtsänderung erfolgt.[1])

Zweites Kapitel.

Die rechtliche Natur der Eintragungsbewilligung.

§ 8.

I. Materielles und formelles Konsensprinzip.

Wir haben den Begriff der Verfügung im Sinne des B.G.B. festgestellt. An seinen Merkmalen als den Prüfsteinen wollen wir untersuchen, ob die Eintragungsbewilligung eine Verfügung ist.

Wegen der öffentlichrechtlichen Bedeutung der Rechtsverhältnisse an Grund und Boden, wie im Interesse eines geordneten Verkehrs, der eine leichte Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Lage erfordert, hat sich auch das B.B.G. dem Eintragungsprinzipe hinsichtlich der Rechte an Grundstücken angeschlossen. Es müssen sämtliche Rechte im Grundbuche eingetragen werden.

---

[1]) Ein Rechtsgeschäft, welches zwar die Rechtsänderung veranlasst, dessen Subjekt jedoch nicht der passiv Beteiligte, sondern, wie bei dem Eintragungsantrage (§ 13 G.B.O.) der andere Beteiligte ist, oder ein zur Rechtsänderung erforderliches Tätigwerden staatlicher Behörden nehmen dem betreffenden Rechtsgeschäft die Verfügungseigenschaft. **Vgl. §§ 5 und 19 dieser Arbeit.**

Der Gesetzgeber kann nun dieser Eintragung ohne Rücksicht auf die materiellrechtlichen Unterlagen die Kraft der Rechtserzeugung geben, wie dies in einigen Landesgesetzen vor 1900 zutraf, ihr sog. Formalkraft verleihen. Andererseits besteht die Möglichkeit, die Eintragung für das Bestehen eines Rechtes garnicht in Betracht zu ziehen, ihr lediglich deklaratorischen Charakter zu verleihen, sodass nur die ausserhalb liegenden materiellrechtlichen Verhältnisse für die Beurteilung der Rechtslage in Erwägung zu ziehen sind.

Beiden Extremen hat sich das B.G.B. nicht angeschlossen. Die Eintragung ist zwar nicht selbständig geeignet, eine Rechtsänderung zu bewirken; auf der anderen Seite ist jedoch ohne sie eine Rechtsänderung nicht möglich.[1]) Durch das Zusammenwirken von materiellem Rechtsakt und dessen Verlautbarung im Grundbuche, durch Einigung bezw. einseitige Erklärung und Eintragung wird die Rechtsänderung vollzogen. Die grundlegenden Bestimmungen geben uns §§ 873 und 875 des B.G.B.

§ 873. „Zur Uebertragung des Eigentumes an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstückes mit einem Rechte sowie zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt."

§ 875. „Zur Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, dass er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechtes im Grundbuch erforderlich."

In diesen Bestimmungen sind uns die materiellrechtlichen Voraussetzungen gegeben; ohne diese ist eine Rechtsänderung nicht möglich.

[1]) Ausnahme § 1287 B.G.B.

Wenn nun das Grundbuchamt um die Eintragung einer Rechtsänderung angegangen wird, so kann entweder der Nachweis der Erfüllung dieser materiellrechtlichen Voraussetzungen verlangt werden, oder das Gesetz kann zwecks Erleichterung und Beschleunigung des Grundbuchverkehrs die Bewilligung desjenigen genügen lassen, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird, des sog. Passivbeteiligten. Man spricht in letzterem Falle wenig bezeichnend von dem formellen Konsens, der für den Grundbuchbeamten ausreichend sein soll im Gegensatz zu der Einigung, dem materiellen Konsens, welchen das B.G.B. neben der Eintragung verlangt.

Die Reichsgrundbuchordnung folgt in der Regel dem formellen Konsensprinzip und spricht diesen Grundsatz aus in § 19: „Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.“ Die hiernach geforderte, zur Eintragung genügende Eintragungsbewilligung bildet den Gegenstand unserer Erörterungen.

§ 9.

II. Die Geschichte der Eintragungsbewilligung.

Ueber die rechtliche Natur der Eintragungsbewilligung herrscht in der Literatur wie in der Rechtsprechung ein lebhafter Streit. In der Hauptsache stehen sich zwei Meinungen gegenüber: die einen geben der Eintragungsbewilligung einen materiellrechtlichen Inhalt, die andern halten sie lediglich für eine prozessuale Handlung des Grundbuchverfahrens. Da von beiden Seiten als ein die betreffende Auffassung unterstützender Faktor die geschichtliche Entwickelung der Eintragungsbewilligung herangezogen wird, so wollen wir zunächst diese betrachten und ihre Bedeutung für das geltende Recht bestimmen.

Der erste Entwurf zum B.G.B. verlangte in § 828: „Zur Uebertragung des Eigentums sowie zur Begründung, Uebertragung oder Belastung eines anderen Rechts an

einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schliessender Vertrag und Eintragung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt.

Der Vertrag erfordert die Erklärung des Berechtigten, dass er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige und die Annahme der Bewilligung von Seiten des anderen Teiles."

„Jedoch sollte der dingliche Vertrag das Recht auf Eintragung nicht nur erzeugen, wenn die Erklärung in der Form der Bewilligung abgegeben sei. Eine solche Formalisierung der Erklärungen würde über das praktische Bedürfnis hinausgehen."[1]) Immerhin aber musste im Vertrage die Bewilligung der Eintragung schon erkennbar gegeben sein.

Eine besondere formelle Eintragungsbewilligung zu verlangen wurde in Anm. e zu § 828 des Entwurfes I zum B.G.B. der Grundbuchordnung vorbehalten. „Es empfehle sich die Vorschrift, dass das Grundbuchamt die Eintragung in der Regel nur auf die Bewilligung des leidenden Teils vorzunehmen habe, für die Grundbuchordnung, weil sie zur Erleichterung der Buchführung und zur Vereinfachung der Verrichtungen des Grundbuchamtes diene. Sei sie in die G.B.O. eingestellt, so habe sie die Natur einer Anweisung an den Beamten, sich nicht mit dem Nachweise der Verpflichtung zur Bewilligung der Eintragung oder mit einer Erklärung zu begnügen, aus welcher die Bewilligung nach den Umständen im Wege der Auslegung herzuleiten sei, sondern die Bewilligung selbst zu fordern."[2])

Die Kommission für den Entwurf einer Grundbuchordnung verwahrte sich dagegen ausdrücklich gegen die Aufnahme einer solchen Vorschrift. „Die Eintragungsbewilligung sei eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, bei welcher der unmittelbar auf Herbeiführung der Rechts-

[1]) Motive zum B.G.B. Bd. III S. 184 und 185.
[2]) Motive zum B.G.B. Bd. III S. 184 und 185.

änderung gerichtete Wille dadurch zum charakteristischen Ausdrucke gelange, dass in die Herstellung des der Rechtsänderung entsprechenden Zustandes des Grundbuches gewilligt wird; sie sei nicht, wie der Antrag, eine Verfahrenshandlung. Sie gehöre dem materiellen, nicht dem formellen Grundbuchrechte an.“[1]) Demnach blieb nach dem Entwurfe I des B.G.B. die Eintragungsbewilligung ein Bestandteil des dinglichen Vertrages.

In Anmerkung h zu § 828 des Entwurfes I zum B.G.B. wurde der G.B.O. die Vorschrift vorbehalten, „dass das Grundbuchamt, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, die Eintragung zu bewirken habe, auch wenn nur die Bewilligung desjenigen vorliege, gegen dessen Recht die Eintragung sich richte, und dass die Bezeichnung des Rechtsgrundes der Bewilligung nicht erforderlich sei“.

Diesem Vorbehalt entsprechend findet sich in § 21 des Entwurfes I zur G.B.O. die Vorschrift, dass für das Grundbuchamt die „einseitige“ Eintragungsbewilligung des eingetragenen Berechtigten genüge.

Die zweite Kommission für den Entwurf eines B.G.B. beseitigte die Bezeichnung eines dinglichen Vertrages und setzte an deren Stelle die Einigung. Der Abs. 2 des § 828 des Entwurfes I zum B.G.B., der bestimmte Vertragserklärungen erforderte, wurde ganz gestrichen. Nach geltendem Rechte sind die Einigung, wenn sie auch formlos getroffen wird, und die Eintragung die erforderlichen und genügenden Voraussetzungen der Rechtsänderung. Das Grundbuchamt nimmt indes eine Eintragung nur vor, wenn sie in bestimmter Form (§§ 28, 29 G.B.O.) von demjenigen bewilligt wird, dessen Recht von ihr betroffen wird. (§ 19 G.B.O.)

Welche Ergebnisse dürfen wir aus dieser geschichtlichen Entwickelung der Eintragungsbewilligung für deren rechtlichen Charakter ziehen?

---

[1]) Motive zur G.B.O. S. 54.

Nach der Auffassung einiger Schriftsteller ist dadurch, dass der Abs. 2 des § 828 des Entwurfes I gestrichen wurde, wonach der dingliche Vertrag durch die Erklärung des Berechtigten, dass er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige, und die Einwilligung von Seiten des anderen Teils zustande kam, die Stellung der Eintragungsbewilligung und ihr Verhältnis zum materiellen Recht nicht berührt. Nach wie vor soll sie begrifflicher Bestandteil der Einigung sein, also materiellrechtlichen Charakter haben.[1])

Nach anderer Ansicht ist durch die mit dem geltenden Recht vollzogene Aenderung den Entwürfen gegenüber zum erkennbaren Ausdruck gebracht, dass die Eintragungsbewilligung nicht mehr Bestandteil des dinglichen Vertrages, der Einigung des B.G.B., sein solle. „Sie ist zu einem selbständigen und unabhängigen Rechtsgeschäft geworden, zu einem neben der Einigung aufgestellten Erfordernis der Eintragung.“[2])

Eine dritte Meinung endlich spricht der Eintragungsbewilligung jede materiellrechtliche Bedeutung ab. Durch die Aenderung des § 828 des Entwurfes I in dem oben angegebenen Sinne sei die Eintragungsbewilligung von dem dinglichen Vertrage getrennt und zum blossen Bestandteile des Grundbuchverfahrens geworden, sie sei lediglich eine prozessuale Handlung.[3])

U. E. kann nicht angenommen werden, dass die in den Motiven zum B.G.B. wie zur G.B.O. gemachten Erörterungen nach geltendem Recht noch zutreffend sind. Wir sahen, dass nach dem Entwurfe I zum B.G.B. wie zur G.B.O. die Eintragungsbewilligung notwendiger Bestandteil des dinglichen Vertrages war. In der zweiten

---

[1]) Schweitzer, S. 8 ff. Endemann, Bd. II S. 312.

[2]) So Planck, Bd. III S. 87; Predari S. 112.

[3]) Wunderlich, S. 80, 81; Oberneck, Bd. I S. 217, 218; R.O.L.G. Bd. I S. 4.

Kommission wurde § 828 Abs. 2 des Entwurfes I gestrichen und damit im Entwurfe II zum B.G.B. das Erfordernis eines bestimmten Inhaltes des dinglichen Vertrages aufgegeben. Es kam nur darauf an, dass die Parteien übereinstimmend ihren Willen über die Rechtsänderung in irgend welcher Weise erklärten; die Eintragungsbewilligung brauchte in dem dinglichen Vertrage durchaus nicht immer enthalten zu sein.

Der Entwurf I zur G.B.O. ruhte auf der Basis der Motive und des Entwurfes I zum B.G.B. Eine besondere Eintragungsbewilligung als Voraussetzung der Eintragung zu fordern, wie sie Anmerkung e zu § 828 des Entwurfes vorschlug, lehnten die Motive zum G.B.O.[1]) ab, weil eine solche dem materiellen Recht angehörend eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sei. In scheinbarem Widerspruche finden wir nichtsdestoweniger in § 21 des Entwurfes I zur G.B.O. eine Eintragungsbewilligung für genügend erklärt, um den Grundbuchrichter zu veranlassen, eine Eintragung zu bewirken; jedoch nur in scheinbarem Widerspruche. Als Grundsatz sprach § 20 des Entwurfes I zur G.B.O. aus: „Eine beantragte Eintragung ist anzuordnen, wenn zur Zeit des Antrages die Tatsachen vorliegen, von denen die Zulässigkeit der Eintragung abhängig ist.“ Die Fassung des § 21 lässt deutlich erkennen, dass nicht eine besondere Voraussetzung für die Eintragung in dieser Vorschrift gefordert wurde, sondern dass lediglich im Interesse der Erleichterung des Verkehrs die „einseitige“ Eintragungsbewilligung des eingetragenen Berechtigten „genügt“. Die hiernach genügende Eintragungsbewilligung des Entwurfes zur G.B.O. stellt sich in der Tat als Bestandteil des dinglichen Vertrages dar.

Demgegenüber ist im geltenden Recht von einer „einseitigen“ Erklärung nicht die Rede, schlechthin verlangt § 19 G.B.O. eine Eintragungsbewilligung. Damit tritt das

[1]) Motive zur G.B.O. S. 54.

geltende Recht in einen unverkennbaren Gegensatz zu den Motiven der G.B.O. Das lässt darauf schliessen, dass die Eintragungsbewilligung des § 19 G.B.O. einen anderen Charakter, eine andere Stellung haben muss, als die Eintragungsbewilligung des § 21 des Entwurfes zur G.B.O.; dass mit anderen Worten sie nicht mehr als notwendiger Bestandteil der Einigung erscheint.[1]) Diesen von uns herangezogenen Gegensatz als eine Inkonsequenz der Motive zur G.B.O. erklären, das heisst den Gegensatz selbst und damit die wahre rechtliche Natur der Eintragungsbewilligung verkennen.

Die Eintragungsbewilligung hat nach geltendem Rechte neben der Einigung Selbständigkeit erhalten.[2])

§ 10.

III. Inhalt, Form und Anwendungsgebiet der Eintragungsbewilligung.

Die Eintragungsbewilligung muss nach § 28 G.B.O. einen bestimmten formellen Inhalt haben. In der Eintragungsbewilligung ist das Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuche zu bezeichnen, ein einzutragender Geldbetrag in Reichswährung anzugeben. Es ist eine selbstverständliche und deshalb im Gesetz nicht erwähnte Voraussetzung, dass die Eintragungsbewilligung derart beschaffen ist, dass der Grundbuchbeamte mit Bestimmtheit erkennen kann, welche Eintragung von ihm begehrt wird. Andererseits muss jede ausdrückliche Erklärung genügen, d. h. „jede Willenserklärung, welche nach ihrer im Wege

---

[1]) So Strecker, Bd. 31 Ztschr. f. ZPO. S. 162 ff., S. 542 ff.; Fuchs, Bd. I S. 63; Cosack, Bd. II S. 27; Güthe, Bd. I S. 338; Oberneck, Bd. I S. 327 u. 328; a. M. Endemann, Bd. II S. 99.

[2]) Weitere positive Folgerungen lassen sich aus der Geschichte der Eintragungsbewilligung für deren rechtliche Natur nicht ziehen. Erst die späteren Erörterungen werden die rechtliche Konstruktion der Eintragungsbewilligung ermöglichen.

der Auslegung ermittelten Bedeutung nichts Anderes bezwecken kann als die Eintragung."[1])

Die Form der Eintragungsbewilligung ist in § 29 der G.B.O. bestimmt. Danach soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche[2]) oder öffentlich beglaubigte[3]) Urkunden nachgewiesen wird.[4]) Eine formlose Eintragungsbewilligung ist keine Bewilligung gemäss § 19 G.B.O. und kommt für unsere Erörterungen nicht in Betracht.

Die Zulässigkeit einer Bedingung der Eintragungsbewilligung ist zu leugnen.[5]) Wollte man eine bedingte Eintragungsbewilligung zulassen, so würde dadurch dem Grundbuchrichter eine Prüfungspflicht hinsichtlich der Bedingung auferlegt, und so der wesentlichste Zweck der Eintragungsbewilligung, für den Grundbuchverkehr eine Erleichterung zu sein, vereitelt.

Der Grundsatz, dass eine Eintragung nur auf Grund einer Eintragungsbewilligung erfolgt, findet mehrfache Ausnahmen. Teils hat sich der Gesetzgeber mit der Bewilligung nicht begnügt, sondern den Nachweis der Einigung verlangt; andererseits erfolgt die Eintragung in zahlreichen Fällen ohne Rücksicht auf den Parteiwillen von Amts wegen.

Bei der Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke wie bei der Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts ist die Einigung der Beteiligten vor dem Grundbuchamte erforderlich.[6]) Die Eintragungsbewilligung, welche

---

[1]) K.G.E. Bd. 21 S. 283.

[2]) § 415 ZPO.

[3]) § 129 B.G.B.

[4]) Ueber die Streitfragen, welche die Formvorschriften betreffen, vgl. Güthe, Bd. I. S. 558; Fuchs, Bd. II S. 284 ff.

[5]) So Güthe, Bd. I S. 371; Fuchs Bd. II S. 169; Achilles-Strecker, Bd. I S. 211; Wunderlich, S. 62; Oberneck Bd. I S. 226; a. M. Predari, S. 255 u. 278.

[6]) Ebenso bei den selbständigen Gerechtigkeiten, welche landesgesetzlich ein besonderes Grundbuchblatt erhalten.

im Interesse der Erleichterung des Verkehrs und der Vereinfachung der Grundbuchführung zugelassen ist, kann dann nicht gefordert werden, wenn das Gesetz die formelle Einigung selbst verlangt, da mit dem Nachweis der formellen Einigung die Eintragungsbewilligung, deren Zweck ist, diesen Nachweis zu ersetzen, überflüssig ist.[1])

Eine weitere Ausnahme von dem Erfordernis der Eintragungsbewilligung finden wir in denjenigen Fällen, wo die Eintragungsbewilligung infolge amtlicher Anordnung, so z. B. bei einem gerichtlichen Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusse entbehrlich wird. Hierher gehört auch die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruches auf Grund einer einstweiligen Verfügung (§§ 885 u. 899 B.G.B.). Bei diesen Eintragungen ist für die Eintragungsbewilligung des § 19 kein Platz.[2])

Abgesehen von diesen Modifikationen des § 19 ist eine Eintragungsbewilligung erforderlich und genügend. Einige Schriftsteller unterstellen dem § 19 der G.B.O. allerdings nur diejenige Bewilligung, welche eine Eintragung konstitutiver Art zum Gegenstande hat (§§ 873 u. 875 B.G.B.). Der im § 22 G.B.O. (§ 894 B.G.B.) erwähnten Bewilligung einer Berichtigung des Grundbuchs sprechen sie eine von der Eintragungsbewilligung des § 19 verschiedene rechtliche Natur zu. So meint Schweitzer[3]) „die freiwillige, wie die durch Urteil ersetzte Bewilligung zwecks Berichtigung des Grundbuches berechtigte an sich noch nicht zu der Annahme, dass der Rechtszustand, dessen Eintragung zugestimmt wird, der wirkliche sei. Vielmehr habe das

---

[1]) Predari, S. 367; Goldmann-Lilienthal: Das B.G.B. 1905 Bd. II S. 138. Vgl. auch die Denkschrift bei Hahn-Mugdan S. 156, wo § 20 als Ausnahme von § 19 erwähnt wird. „In diesem Falle darf die Eintragung nur auf Grund der nachgewiesenen Einigung erfolgen."

[2]) Vgl. Oberneck I S. 230. Eine Zusammenstellung der Eintragungen vom Amts wegen findet sich bei Güthe Bd. II S. 99.

[3]) Schweitzer, S. 21 ff.

Grundbuchamt ganz selbständig zu prüfen, ob die zur Herstellung des einzutragenden Rechtsverhältnisses geltenden materiellen und formellen Erfordernisse erfüllt seien.“ Diese Auffassung teilt Kretzschmar[1]). Auch er will § 19 der G.B.O. nicht für alle Eintragungen angewandt wissen. „Wäre dem so, so müsste dem Antrage auf Berichtigung des Grundbuchs ohne jede Prüfung entsprochen werden. Dies sei aber nicht der Fall, vielmehr habe der Grundbuchrichter zu prüfen und bei einem verneinenden Ergebnisse den Eintragungsantrag abzulehnen.“

Darauf ist zu erwidern, dass nicht eingesehen werden kann, warum im Falle des § 22 G.B.O. dem Grundbuchamte eine Prüfungspflicht auferlegt sein solle, während in anderen Fällen das Verfahren unter dem ausschliesslichen Einflusse der Parteien sich abspielt. Warum soll es nicht zulässig sein, auf Grund der Bewilligung eine Berichtigung vorzunehmen, gleich wie es für das Grundbuchamt geboten ist, ohne Rücksicht auf die materiellrechtlich erforderliche Einigung ein Recht einzutragen? Wenn der Passivbeteiligte eine ihn betreffende Eintragung bewilligt, so mag er sich vergewissern, ob diese Eintragung ihm nachteilig ist. Es liegt kein Grund vor, in einem Falle (§ 19) ihm diese Prüfung zu überlassen, in dem anderen (§ 22) es für die Pflicht des Grundbuchbeamten zu erklären, die materiellrechtlichen Unterlagen der begehrten Eintragung zu prüfen.

Abgesehen von diesem dem Wesen des Grundbuchverfahrens entnommenen Argument spricht der Wortlaut des Gesetzes zu Gunsten unserer Auffassung. § 22: „Zur Berichtigung des Grundbuches bedarf es der Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird, nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird.“ § 26: „Soll die Uebertragung einer Hypothek . . . . ., über die ein Brief erteilt ist, eingetragen werden, so genügt es, wenn an Stelle der Eintragungsbewilligung die Abtretungs-

[1]) Cbl Bd. II S. 630.631.

erklärung des bisherigen Gläubigers vorgelegt wird.“ Der Wortlaut dieser Vorschriften ergibt, dass grundsätzlich die Eintragungsbewilligung erforderlich ist, diese aber durch den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuches bezw. durch die Abtretungserklärung ersetzt werden kann. Ist hingegen die Eintragung bewilligt, so bedarf es keiner weiteren Voraussetzungen zwecks Vornahme der Eintragung.[1])

Demnach umfasst die Eintragungsbewilligung des § 19 auch jene Fälle, wo es sich um die Berichtigung des Grundbuches handelt[2]). Abgesehen von den erwähnten Ausnahmen haben konstitutive wie deklaratorische, endgültige wie vorläufige Eintragungen eine einheitliche Voraussetzung in der Eintragungsbewilligung des § 19 G.B.O.[3])

§ 11.

IV. Eine präjudizielle Frage: Ist die Einigung eine Verfügung?

Ist die Einigung eine Verfügung? Das ist eine Frage, welche uns beschäftigen muss, bevor wir zur Kritik der einzelnen Meinungen über die Eintragungsbewilligung, zum eigenen Urteil gelangen. Inwiefern ist diese Frage präjudiziell? Es ist zunächst zu betonen, dass die Einigung

[1]) Ebenso Fuchs, Bd. II S. 216. Wunderlich, S. 28: „Die Unrichtigkeit des Grundbuches ist begrifflich genau so sehr, im Eintragungsverfahren aber genau so wenig Voraussetzung für die Berichtigung wie der Konsens Voraussetzung ist für die rechtsbegründende Eintragung.“

[2]) Ebenso Strecker Ztschr. f. Z. P. Bd. 31 S. 161; Achilles-Strecker S. 215; Güthe, Bd. I S. 346; Oberneck Bd. I S. 219; Planck Bd. III S. 143; Predari, S. 295; Turnau-Förster Bd. II S. 148.

[3]) Die Eintragungsbewilligung wird gefordert,

a) wenn das B.G.B. Einigung verlangt: §§ 873, 877, 880 Abs. 2, 1116 Abs. 2 und 3, 1180 Abs. 1.

b) wenn das B.G.B. eine einseitige Erklärung verlangt: §§ 875, 885, 899 Abs. 2, 928 Abs. 1, 1109 Abs. 2, 1132 Abs. 2, 1168, 1188.

c) wenn das B.G.B. die Zustimmung verlangt: §§ 888, 894.

schlechthin betrachtet werden soll, ohne Rücksicht darauf, ob sie formell oder formlos getroffen wurde, ohne Unterschied, ob sie die Eintragungsbewilligung als ihren Bestandteil enthält oder nicht.[1]) Kommen wir zu dem Ergebnis, dass die Einigung stets eine Verfügung ist, auch wenn sie die Eintragungsbewilligung nicht enthält, so kann die Eintragungsbewilligung, welche ausserhalb der Einigung liegt, nicht auch noch Verfügungsqualität besitzen.

Wenn dieselbe Person, um zu verfügen, mehrere Willenserklärungen abgeben muss, so tritt der Erfolg der Verfügung, die Aenderung eines Vermögensrechtes, entweder infolge der ersten oder infolge der zweiten rechtsgeschäftlichen Erklärung ein. Unmöglich können beide unabhängig von einander den Erfolg herbeiführen, der nur einmal denkbar ist.

Nehmen wir z. B. an, es würde A von B ein Darlehen erbitten gegen Eintragung einer Buchhypothek auf seinem (des A) Grundstücke. Sie einigen sich unter Berücksichtigung der formellen Vorschriften des § 873 Abs. 2 B.G.B. vor einem Notar. A als ängstlicher Geschäftsmann will durchaus sicher gehen und behält sich vor, die Eintragung erst zu bewilligen, wenn B ihm das Darlehen auf dem Grundbuchamte auszahlt. Gegen Aushändigung des Geldes erteilt er die Eintragungsbewilligung; es soll Zug um Zug geleistet werden.[2]) Hier erhellt, dass die Eintragungsbewilligung nicht Bestandteil der Einigung ist, wegen des ausdrücklichen Vorbehaltes des A nicht sein kann. Vor

---

[1]) Die Eintragungsbewilligung ist nicht immer in der Einigung enthalten. Vgl. § 12.

[2]) Die Möglichkeit einer derartigen Trennung ist sehr wohl denkbar. Vgl. Güthe Bd. I S. 335, Meikel S. 163. Ebenso liegt bei formloser Einigung die Eintragungsbewilligung stets ausserhalb dieser.

dem Grundbuchamte bewilligt und beantragt[1]) später A gegen Zahlung des Darlehens die Eintragung, welche dementsprechend vorgenommen wird.

Wo liegt hier nun die Verfügung? Dass die Eintragung als staatlicher Akt diese nicht darstellen kann, ist bereits erörtert. Es bleibt also nur übrig, entweder in der Einigung oder in der Eintragungsbewilligung den verfügenden Rechtsakt zu erblicken. Würden wir in diesem Falle der Einigung Verfügungseigenschaft zuerkennen, so können wir die nach der Einigung abgegebene Eintragungsbewilligung nicht gleichfalls Verfügung nennen. Es ist begrifflich undenkbar, dass über denselben Gegenstand von derselben Person in derselben Richtung mehrmals verfügt wird.

Diejenigen Schriftsteller, welche der Einigung uneingeschränkt Verfügungseigenschaft zusprechen, können deshalb die nachfolgende Eintragungsbewilligung nicht Verfügung nennen; eine Konsequenz, welche u. E nicht immer scharf gezogen ist.[2]) Von dem Standpunkte dieser Schriftsteller ist es deshalb durchaus konsequent, wenn sie die Eintragungsbewilligung lediglich als eine prozessuale Handlung des Grundbuchverfahrens charakterisieren.[3])

Es ist in der Literatur bestritten, ob die Einigung ein Vertrag ist, für sich betrachtet überhaupt rechtliche Bedeutung hat.[4]) Der Begriff des Vertrages ist im Gesetz

---

[1]) Ueber das Verhältnis von Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag vgl. § 19.

[2]) So bei Predari S. 189 und 307.

[3]) So behauptet Simon S. 57 ff., der in der Einigung unterschiedslos den verfügenden Rechtsakt erblickt (auch wohl Gierke Bd. II § 119Anm.33) dass „mit der Abänderung des ersten Entwurfes die Eintragungsbewilligung ihres materiellrechtlichen Charakters als Inhaltserfordernis der Einigung entkleidet und zum blossen formellrechtlichen Akt des Grundbuchverfahrens geworden sei." In der Aufstellung dieser nicht erwiesenen Behauptung liegt die Schwäche der gefundenen Resultate.

[4]) Eccius Gruchot Beiträge Bd. 47 S. 54 ff.

nicht enthalten. Er wird von der Wissenschaft bestimmt als die Vereinigung zweier Willenserklärungen, die einen rechtlichen Erfolg beabsichtigen [1]) Diesen Erfordernissen eines Vertrages genügt die Einigung vollkommen, sodass in der Tat diese nichts anderes sein kann als ein Vertrag. „Vertrag und Einigung sind nur zwei verschiedene Ausdrucksweisen für denselben Gedanken.“[2])

Vereinzelt[3]) wird auch die Ansicht vertreten, dass die Einigung mit dem obligatorischen Vertrage identisch sei. Wie Wolff als Vertreter dieser Absicht selbst erwähnt, bestand eine Trennung zwischen beiden Rechtsakten nach der ausgesprochenen Absicht des Entwurfes I zum B.G.B. Diese scharfe Scheidung wurde jedoch auch von der zweiten Kommission festgehalten; denn „sachlich“ herrschte in allen wesentlichen Punkten Einverständnis. Nur um die Bezeichnung des zweiten Rechtsaktes, des dinglichen Vertrages nach § 828 des Entwurfes I, entstand der Streit.[4]) Es ist nach wie vor scharf zu unterscheiden zwischen der Einigung und dem zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrage.[5])

Eine Leugnung der Verfügungseigenschaft der Einigung von diesem Standpunkte aus erscheint daher abwegig. Auch kann der Einigung nicht deshalb die Verfügungseigenschaft abgesprochen werden, weil sie allein nicht imstande ist, die Rechtsänderung herbeizuführen. Der erforderliche nachfolgende staatliche Vollendungsakt der Ein-

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. I S. 315. Voraussetzung ist, dass die Willenserklärungen zur Herbeiführung dieses Erfolges ihrer Art nach geeignet sind.

[2]) Planck Bd. III S. 20; ebenso die herrschende Meinung. Vgl. Achilles-Strecker S. 29, Fischer-Henle § 873 Anm. 6; Fuchs Bd. I S. 39; insbes. Oberneck Bd. I S. 328 ff

[3]) Wolff Gruchot Beiträge Bd. 47 S. 26 ff.

[4]) Protokolle Bd. III S. 56.

[5]) So die allgemeine Meinung. Vgl. insbes. Förster „Das Recht“ 1903 S. 53; Oberneck Bd. I S. 321 ff.

tragung kann ihr diese Eigenschaft nicht nehmen. (Vgl. § 5 a. E.)

Für den Fall, wo, wie bei der Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke, die Einigung vor dem Grundbuchamte, die Auflassung, erforderlich und damit eine besondere Eintragungsbewilligung überflüssig ist,[1]) erkennen auch wir die Verfügungseigenschaft der Einigung an, weil sie unmittelbar auf die Rechtsänderung gerichtet ist; unmittelbar deshalb, weil mit der Auflassung für den Verfügenden die Rechtsänderung unvermeidlich geworden ist, weil der die Rechtsänderung vollendende staatliche Akt der Eintragung sich gleichsam automatisch an die Auflassung anschliesst.

Andererseits hat eine Einigung, welche die Eintragungsbewilligung nicht enthält,[2]) diese Wirkung nicht. Ohne nachfolgende Eintragungsbewilligung würde die Einigung in diesem Falle nie über sich selbst hinauskommen, würde nie eine Rechtsänderung eintreten.[3]) Die Einigung ist hier keinesfalls Verfügung. Mit Wilutzky behaupten wir: Enthält die Einigung die Eintragungsbewilligung nicht" (vgl. § 12), so ist das, was vorliegt, nicht einmal die Vorbereitung der Erfüllung, sondern in der Tat nur die Bindung des Willens dahin, dass eine solche Erfüllung stattzufinden habe. Die Einigung ist weder Verfügung noch ein Fragment derselben".[4])

Haben wir demnach festgestellt, dass die Einigung nicht immer Verfügung zu sein braucht, so ist damit die Möglichkeit anerkannt, dass in gewissen Fällen die Eintragungsbewilligung diese Eigenschaft besitzt. Ob dies der Fall ist, wird unten erörtert werden.

---

[1]) Vgl. § 10.

[2]) Insbesondere die formlose Einigung, vgl. auch das oben gegebene Beispiel.

[3]) Abgesehen von einer pflichtwidrigen Eintragung des Grundbuchbeamten.

[4]) Wilutzky S. 67.

Die aus der rechtlichen Qualifizierung der Einigung als Verfügung folgende Konsequenz: die Leugnung der Verfügungseigenschaft der Eintragungsbewilligung ist somit für uns nicht vorhanden.

V. Das Verhältnis der Eintragungsbewilligung zu den für die Rechtsänderung erforderlichen Erklärungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 12.

Die Eintragungsbewilligung ist nicht begrifflich Bestandteil der Einigung.

Wie oben § 9 ausgeführt wurde, war nach dem ersten Entwurfe des B.G.B. wie der G.B.O. die Eintragungsbewilligung als ein begrifflicher Bestandteil des dinglichen Vertrages anzusehen. Die Motive zum B.G.B. erklären die Eintragungsbewilligung als Offerte zum dinglichen Vertrage. Diese Definition der Motive hält Schweitzer noch für das geltende Recht aufrecht. „Die Eintragungsbewilligung muss stillschweigend die Offerte zu derjenigen Einigung oder dasjenige einseitige dingliche Rechtsgeschäft enthalten, durch welches die einzutragende dingliche Rechtsänderung begründet wird".[1]) Dieses Ergebnis ist nur für den Fall möglich, dass die Eintragungsbewilligung der Einigung vorangeht. Für die umgekehrte Reihenfolge kann von einer Offerte nicht gesprochen werden, da ja die Einigung dann bereits vollzogen ist. Demgegenüber erwidert Schweitzer, dass „sich in diesem Falle der die Bewilligung Erklärende durch sie nochmals zu seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung bekenne".[2]) Er hält seine Behauptung aufrecht, die Eintragungsbewilligung sei ein begrifflich notwendiger Bestandteil der Einigung; es sei die Auffassung der Motive z. B.G.B. auch nach geltendem Rechte massgebend.

---

[1]) Schweitzer, S. 10.

[2]) Schweitzer, S. 10; Widerlegung seiner Ansicht, vgl. § 16.

Ebenso hat das Reichsgericht[1]) entschieden, dass die Eintragungsbewilligung begrifflich Bestandteil der Einigung sei „Die Annahme, dass die Eintragungsbewilligung etwas Anderes und etwas Andersartiges sei, als die zur Einigung erforderliche Erklärung des Berechtigten, erscheint verfehlt."

Wir können uns nicht zu dieser Ansicht bekennen. Dass die formlose Einigung eine Eintragungsbewilligung nach § 19 G.B.O. nicht enthält, bedarf keiner weiteren Erwähnung. Auch die nach § 873 Abs. 2 B.G.B. formell abgeschlossene und damit bindende Einigung enthält die Eintragungsbewilligung nicht notwendig.

Es ist ein lebhafter Streit entstanden, wann die Einigung nach § 873 Abs. 2 B.G.B. bindend würde, ein Streit, der gleichzeitig die verschiedenen Ansichten über das Verhältnis der Eintragungsbewilligung zur Einigung erklärt.

Auf der einen Seite wird behauptet, dass nur eine solche Einigung bindend sei, welche geeignet sei, unmittelbar eine Eintragung herbeizuführen, welche also die Eintragungsbewilligung als ihren Bestandteil enthalte. So meint Endemann[2]): „die Einigung sei unwiderruflich, sobald durch Erfüllung der grundbuchrechtlichen Voraussetzungen die Erwirkung der Eintragung für jeden Beteiligten gesichert sei. Die materielle Gebundenheit sei in Abhängigkeit gestellt von den Formerfordernissen, deren Erfüllung nach formellem Grundbuchrechte die Voraussetzung der Eintragung bilde." Diese Ansicht fand in der Rechtsprechung des Reichsgerichts[3]) ihre Anerkennung. „Die Bestimmung des § 873 Abs. 2 bezieht sich unzweifelhaft nur auf den dinglichen Vertrag und hat eine zum sofortigen Vollzug im Grundbuche nach §§ 13, 19, 20 G.B.O. geeignete Bindung im Auge."

---

[1]) R.G.E. Bd. 54 S. 383; dagegen vgl. insbesondere Fuchs Bd. II S. 216.

[2]) Endemann, Bd. II S. 99 ff.; ebenso Predari, S. 113.

[3]) R.G.E. Bd. 50 S. 83.

Fasst man die nach § 873 Abs. 2 geforderten Vorschriften zur Bindung der Beteiligten in dieser Art auf, so ist allerdings die Eintragungsbewilligung nichts anderes als Bestandteil der formellen Einigung.

Wir können dieser Ansicht nicht beipflichten. Hätte das Gesetz diese Auffassung geteilt, so wäre wohl bei der vorsichtigen Ausdrucksweise des Gesetzes dem § 873 Abs. 2 von der Redaktionskommission eine andere Fassung gegeben, es wäre zum Ausdruck gebracht, dass die Eintragungsbewilligung in der formellen Einigung enthalten sein sollte. Dass in dem Falle, wo nach § 873 Abs. 2 die Bindung der Parteien durch Aushändigung einer den Vorschriften der G.B.O. entsprechenden Eintragungsbewilligung an den anderen Teil eintritt, die Eintragungsbewilligung besonders genannt wird, kann unsere Auffassung nur unterstützen.

Mit vollem Recht weist Planck darauf hin,[1]) dass es Treu und Glauben im Verkehr widerspreche, wolle man den freien unbegründeten Widerruf gestatten, auch wenn die Parteien in den Formen des § 873 Abs. 2 ernstlich erklärt haben, einen Rechtserfolg zu wollen, ohne dass allerdings der Passivbeteiligte die Eintragung bewilligt hat. Das § 11 gegebene Beispiel dürfte diese Auffassung treffend bestätigen. Man sage einmal den Parteien, welche zu einem Notar gegangen sind und dort die Einigung über eine Hypothekenbestellung haben beurkunden lassen, sie könnten widerrufen, da versehentlich der Geldbetrag nicht in Reichswährung angegeben wäre (so verlangt es § 28 G.B.O.); sie würden dieses Recht zum Widerruf kaum verstehen, da an der Ernstlichkeit ihres Willens, sich gegenseitig zu binden, kein Zweifel bestehen konnte.

Die Notwendigkeit einer begrifflichen Trennung von Einigung und Eintragungsbewilligung

---

[1]) Planck, Bd. III S. 86.

erhellt ferner daraus, dass die Einigung in der Regel (Ausnahme § 925) bedingt getroffen werden kann, während die Eintragungsbewilligung eine Betagung oder Bedingung nicht verträgt (vergl. oben § 10).

Schliesslich spricht die oben § 9 dargestellte geschichtliche Entwickelung der Eintragungsbewilligung gegen jene Ansicht, welche sie begrifflich mit der Einigungserklärung identifiziert.

Nach allen diesen Argumenten kommen wir zu dem Resultat: Die Eintragungsbewilligung ist nicht begrifflich Bestandteil der Einigung.[1])

§ 13.

Die Eintragungsbewilligung ist nicht begrifflich identisch mit den einseitigen Erklärungen des B.G.B.

Wir haben bisher nur diejenigen Fälle betrachtet, in welchen das B.G.B. zu der Rechtsänderung Einigung und Eintragung erfordert. Wir finden indes im B.G.B. zahlreiche Modifikationen des materiellen Konsenses; Fälle, bei denen auch materiellrechtlich eine einseitige Willenserklärung genügt. So ist z. B. im § 1188 Abs. 1 (Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber) und 1196 Abs. 2 (Bestellung einer Eigentümergrundschuld) zur Begründung einer Realobligation die einseitige Erklärung des Betroffenen ausreichend. In gleicher Weise genügt diese nach § 875 bei der Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke.[2])

Wie bereits § 10 erwähnt wurde, erstreckt sich das Anwendungsgebiet der Eintragungsbewilligung auch auf diese Fälle. Damit eine Eintragung erfolgen kann, hat der Passivbeteiligte diese gemäss § 19 der G.B.O. zu bewilligen.

---

[1]) Es „kann“ indes die Eintragungsbewilligung sehr wohl mit der Einigung bezw. der vom B.G.B. geforderten einseitigen Erklärung zusammenfallen.

[2]) Ebenso § 928 Abs. 1, § 1132 Abs. 2, §§ 1168, 1172, 1175 B.G.B.

Auch hier müssen wir gegen die herrschende Ansicht betonen, dass eine begriffliche Identität zwischen der vom B.G.B. geforderten einseitigen Erklärung und der Eintragungsbewilligung nicht gegeben ist.

„Dass die Bewilligung des leidenden Teils ausreichend ist, versteht sich für diejenigen Fälle von selbst, in denen nach dem materiellen Recht die einseitige Bewilligung des leidenden Teils zu der mit der Eintragung sich vollendenden dinglichen Rechtsänderung genügt.“[1]) Wenn hieran anknüpfend Schweitzer[2]) meint, dies verstände sich deshalb von selbst, weil die Eintragungsbewilligung, die nach materiellem Recht zur Begründung der einzutragenden Rechtsänderung erforderliche Willenserklärung enthielte, so können wir dieser Ansicht nur zustimmen. Die nach §§ 28, 29 G.B.O. vorbehaltlos und formell erklärte Eintragungsbewilligung ersetzt die materiellrechtlich erforderte einseitige Erklärung, da insbesondere die Abgabe gegenüber dem Grundbuchamte genügt.[3]) Es wäre unverständlich, sollte man anderer Meinung sein.

Jedoch darf aber nicht umgekehrt behauptet werden, die vom B.G.B. erforderte einseitige Erklärung enthalte die Eintragungsbewilligung. Die Eintragungsbewilligung ist nicht begrifflich identisch mit der vom B.G.B. geforderten Erklärung, selbst wenn diese nach § 875 Abs. 2 bindend abgegeben ist. Die nach B.G.B. erforderliche einseitige Erklärung kann die Eintragungsbewilligung enthalten; jedoch gehört es nicht zu ihrem Wesen, dass sie diese enthält.

Dieselben Gründe, welche wir zum Beweise der selbständigen rechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung oben anführten, stützten unsere Behauptung, soweit sich nicht daraus, dass in den früheren Erörterungen von einer Einigung gesprochen wurde, ein anderes ergibt.

---

[1]) Motive, Bd. III S. 187.

[2]) Schweitzer, S. 7.

[3]) vgl. Oberneck, Bd. I S. 218.

Die Eintragungsbewilligung ist nicht begrifflich identisch mit den einseitigen Erklärungen des B.G.B.

§ 14.

VI. Die Grenzen der Selbständigkeit der Eintragungsbewilligung.

Begrifflich ist demnach zwischen den Erfordernissen nach B.G.B., der Einigung bezw. der einseitigen Erklärung einerseits, und der Eintragungsbewilligung andererseits scharf zu scheiden. Die Selbständigkeit der Eintragungsbewilligung besteht nicht etwa darin, dass neben Einigung und Eintragung eine dritte Voraussetzung für die Rechtsänderung gefordert wird. Einigung und Eintragung genügen zum Rechtserwerb. Wird eine Eintragung ohne Eintragungsbewilligung vollzogen, etwa infolge einer Nachlässigkeit des Grundbuchbeamten, so entsteht das Recht, wenn gleichzeitig die Einigung gegeben ist.[1]) Die Eintragungsbewilligung ist keine Voraussetzung der Rechtsänderung; insofern ist sie nur eine Ordnungsvorschrift.

An Stelle der Einigung bezw. der einseitigen Erklärung, welche das B.G.B. für die Rechtsänderung verlangt, ist für das Grundbuchamt die Eintragungsbewilligung genügend und erforderlich. Darin, dass sie in bestimmter Form als Voraussetzung der Eintragung gefordert wird, liegt ihre selbständige Bedeutung. Der uns von den Gegnern gemachte Vorwurf, wir huldigten mit dieser scharfen Scheidung einem dem geltenden Recht fremden Formalismus, würde berechtigt sein, wollten wir stets

[1]) Es darf jedoch aus dem Umstande, dass Einigung und Eintragung, gleichviel, ob die letztere auf Grund einer Eintragungsbewilligung erfolgt ist oder nicht, stets die Rechtsänderung herbeiführen, kein Schluss auf die rechtliche Bedeutung der Eintragungsbewilligung gezogen werden. Der Eintragung ohne vorangehende Eintragungsbewilligung ist nur aus Rücksichten auf die Verkehrssicherheit die Kraft der Rechtsänderung gegeben.

„neben“ der Einigung bezw. der einseitigen Erklärung die Eintragungsbewilligung verlangen.

Es ist bereits hervorgehoben worden, dass im konkreten Falle die Eintragungsbewilligung äusserlich identisch sein kann mit der nach B.G.B. erforderten Erklärung des Beteiligten, dass „in“ der Einigung, „in“ der Aufgabeerklärung gleichzeitig die Eintragungsbewilligung ihren Ausdruck finden kann. Es ist eine nicht seltene Erscheinung im Rechtsleben, dass eine Aeusserung gleichzeitig mehrere rechtserhebliche Erklärungen enthält. Wer z. B. die Kündigungsklage anstrengt, kündigt das bestehende Mietverhältnis und gibt andererseits den Anstoss zu dem Prozessverfahren. Ueber eine solche Gemeinsamkeit zweier Erklärungen in einer Aeusserung darf man jedoch die begrifflichen Unterschiede nicht vergessen.

Wie erwähnt wurde, beruht die Selbständigkeit der Eintragungsbewilligung vor allem in ihrer formalen Gestaltung, wie sie von der G.B.O. als Voraussetzung der Eintragung verlangt wird. Ist dieser Form von einer nach B.G.B. geforderten Erklärung genügt, so hindert uns nichts, dieser gleichzeitig die Funktionen der Eintragungsbewilligung zuzuerkennen. Wer daher z. B. in der Form des § 28 G.B O. vorbehaltlos erklärt, er sei mit einer Rechtsänderung einverstanden, er wünsche ein Recht an einem Grundstück aufzuheben, gibt damit gleichzeitig zu erkennen, dass er die Eintragung als öffentliche Verlautbarung seiner begehrten Rechtsänderung bewillige. Jede ausdrückliche Erklärung genügt.[2])

In diesem Sinne entschied auch das Reichsgericht:[2]) „Daher enthält die Erklärung des Berechtigten, dass er die Rechtsänderung wolle, mit Notwendigkeit auch die Erklärung, dass er mit der Eintragung einverstanden sei, dass er sie bewillige, und die Erklärung des anderen Teils,

---

[1]) Meikel, S. 165.
[2]) R.G.E. Bd. 54 S. 383.

dass er mit dem Eintritte der Rechtsänderung einverstanden sei, enthält ebenso selbstverständlich die Erklärung, dass er die Rechtsänderung, also die Eintragung wolle, sie beantrage. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass eine (den Formvorschriften des § 29 G.B.O. entsprechende) Einigung in allen Fällen zur Herbeiführung der Eintragung ausreicht."

Es kann folglich die Eintragungsbewilligung mit den vom B.G.B geforderten Erklärungen zusammenfallen. Falls die Beteiligten überhaupt eine formelle Einigung schliessen, wird die Eintragungsbewilligung mit der Einigungserklärung verbunden sein.[1])

§ 15.

VII. Die Eintragungsbewilligung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung.

Schon aus dem bisher Gesagten ging hervor, dass wir die Eintragungsbewilligung nicht nur als formellen Akt des Grundbuchverfahrens betrachten können, sondern ihr auch rechtsgeschäftlichen Charakter verleihen.

Wenn auch die herrschende Meinung in Literatur wie Rechtsprechung für diese rechtsgeschäftliche Natur der Eintragungsbewilligung eintritt, so wird doch andererseits der Eintragungsbewilligung jeder materiellrechtliche Charakter abgesprochen.

So erwähnt Pitel:[2]) „Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag sind keine unmittelbaren Voraussetzungen für die Entstehung von Rechten an Grundstücken und von Rechten an solchen Rechten, sondern lediglich solche für das Tätigwerden des Grundbuchrichters. Sie sind also keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen im Sinne des

---

[1]) Vgl. Ebert, Das amtsgerichtliche Dezernat. 4. Aufl. 1900 S. 311 Nr. 5.

[2]) Cbl. Bd. II S. 78 ff.

materiellen Rechts und sie werden abgegeben nicht gegenüber dem anderen Teil, sondern gegenüber dem Grundbuchamt. Dass namentlich die Eintragungsbewilligung vor dem Eintragungsantrage nichts voraus hat, erhellt klar aus § 30 G.B.O., wonach sie unter Umständen durch ihn ersetzt werden kann. Ueberhaupt muss der Eintragungsbewilligung jede materiellrechtliche Bedeutung abgesprochen werden, soweit nicht das B.G.B. ihr ausnahmsweise eine solche beilegt. (§ 873 Abs. 2 und § 874 B.G.B.)."

Diese Ansicht hat in dem Beschlusse des OLG. Dresden[1]) ihre Bestätigung gefunden, wo entschieden wird, dass „die Eintragungsbewilligung zum blossen Bestandteil des Grundbuchverfahrens geworden sei."

Gegen eine solche rein formelle Auffassung der Eintragungsbewilligung hat das Reichsgericht Stellung genommen.[2]) „Die Bedenken, dass die Eintragungsbewilligung keine rechtsgeschäftliche Erklärung sei, erscheinen als unbegründet."

Auch wir vermögen nicht, der Eintragungsbewilligung jede materiellrechtliche Bedeutung abzusprechen. Der von Pitel angezogene Vergleich zwischen §§ 19 und 30 G.B.O. ist für die Entscheidung nicht massgebend, da in § 30 ausdrücklich ein Antrag verlangt wird, der den Formvorschriften der §§ 28 und 29 entspricht, weil er ausnahmsweise die Eintragungsbewilligung ersetzen soll. Die Eintragungsbewilligung als Voraussetzung der Eintragung bringt mit der Eintragung eine für die materielle Rechtslage bedeutsame Aenderung hervor. Die Eintragungsbewilligung als eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Eintragung, welche entweder die Kraft der Rechtsänderung hat oder wenigstens dem Eingetragenen eine materiellrechtlich nicht einflusslose Stellung, das sog. Buchrecht verleiht, ist ein

---

[1]) Entscheidung vom 16. III. 1900.
[2]) R.G.E. Bd. 54 S. 383.

Rechtsgeschäft.[1]) Dass die Eintragungsbewilligung dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben wird, schadet ihrem rechtsgeschäftlichen Charakter nicht.[2])

Drittes Kapitel.

Ergebnis der Untersuchung.

I. Konstitutive Eintragungen.

§ 16.

1. Die Bewilligung der endgültigen Eintragung einer Rechtsänderung.

Was ergibt sich aus den gefundenen Resultaten für die Beantwortung unseres Themas?

Wir finden in der Literatur bei denjenigen Schriftstellern, welche die rechtsgeschäftliche Natur der Eintragungsbewilligung anerkennen, soweit sie überhaupt die Verfügungseigenschaft der Eintragungsbewilligung untersuchen, durchgängig eine allgemeine Antwort: Die Eintragungsbewilligung ist eine Verfügung.[3]) Eine Erklärung für diese Entscheidung wird entweder garnicht oder dadurch gegeben, dass ohne weitere Begründung gesagt wird, die Eintragungsbewilligung habe unmittelbar die Rechtsänderung zur Folge. U. E. kann eine allgemeine Antwort nicht gegeben werden; vielmehr muss zwischen den möglichen Variationen, in denen die Eintragungsbewilligung erscheint, scharf geschieden werden.

Wir wollen zunächst die endgültigen konstitutiven Eintragungen betrachten. An dem Beispiel einer Hypothekenbestellung sollen die verschiedenen Möglichkeiten der Stellung der Eintragungsbewilligung geprüft werden.

---

[1]) Fuchs, Bd. II S. 217; Meikel, S. 164; Oberneck, Bd. I S. 218; Planck, Bd. III S. 88; Predari, S. 307; Turnau-Förster, Bd. II S. 137; a. M. Neumann, 1907 S. 968; Wunderlich, S. 81.

[2]) Ebenso R.G.E. Bd. 54 S. 384.

[3]) Predari S. 307; Endemann, Bd. II S. 315; Meikel S. 170.

Wenn die Beteiligten sich überhaupt formell einigen, so wird in der Regel die Einigung die Eintragungsbewilligung in sich aufnehmen. Kommen z. B. A und B zum Grundbuchrichter und erklären, sie seien einig, dass auf des A Grundstück (im Grundbuch von X Band I Nr. 2 verzeichnet) für eine Forderung des B in Höhe von 10000 Mk. eine Hypothek für B eingetragen werden solle, so ist eine Einigung getroffen, welche den Formvorschriften der §§ 28 und 29 G.B.O. genügt und folglich (vgl. § 14) die Eintragungsbewilligung bereits enthält. Wenn trotzdem im Anschluss an die Einigung noch die Eintragungsbewilligung erklärt wird (vgl. Ebert, Das amtsgerichtliche Dezernat S. 287), so erscheint das überflüssig. In diesem Falle sind Einigung und Eintragungsbewilligung derartig mit einander verbunden, dass eine Scheidung unmöglich ist; in einer Willenserklärung findet sowohl der Einigungswille wie die Eintragungsbewilligung ihren Ausdruck.

Wie schon § 6 erwähnt wurde, kann deshalb, weil zur Rechtsänderung noch die Eintragung im Grundbuch erforderlich ist, dem diese Eintragung unmittelbar veranlassenden Rechtsgeschäfte die Verfügungseigenschaft nicht abgesprochen werden.

Hat der Passivbeteiligte in der Einigung gleichzeitig die Eintragungsbewilligung erklärt, so kann er die mit der Eintragung sich vollendende Rechtsänderung nicht mehr aufhalten; unabhängig von seinem Willen erfolgt die Eintragung der Hypothek. Die Eintragungsbewilligung schliesst, um mit Gierke[1]) zu sprechen, „den gesamten rechtsgeschäftlichen Willensinhalt, dem die Rechtsordnung die Kraft zur Gestaltung dinglicher Rechtsverhältnisse beilegt, in sich."

---

[1]) Gierke, Band II § 119 Anm. 38.

Die Eintragungsbewilligung auf Grund ihres inhaltlichen Zusammenhanges mit der Einigung ist „unmittelbar" auf die Rechtsänderung gerichtet, sie ist demnach eine Verfügung.[1])[2])

Die Beteiligten werden bei der Bestellung einer Hypothek nur selten eine formelle Einigung wählen. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle geht der Passivbeteiligte nach dem Grundbuchamte und bewilligt die Eintragung einer Hypothek auf seinem Grundstücke, nachdem sich bereits vorher die Beteiligten formlos geeinigt hatten. Mit der der Eintragungsbewilligung vorangehenden formlosen Einigung haben die Beteiligten zwar eine Voraussetzung der Rechtsänderung erfüllt, jedoch fehlt ihr die Kraft, diese unabhängig von einem weiteren rechtsgeschäftlichen Akte des Verfügenden, der Eintragungsbewilligung herbeizuführen. Ohne nachfolgende Eintragungsbewilligung würde die Eintragung, würde die Rechtsänderung unmöglich sein und bleiben.[3]) Die formlose Einigung kann also als Verfügung nicht bezeichnet werden.[4]) Gibt jedoch der Passivbeteiligte nach der formlosen Einigung später vor dem Grundbuchamte die Eintragungsbewilligung, so hat er damit seine rechtsgeschäftliche Macht erschöpft, sodass sich nun unabhängig von seinem Willen die Rechtsänderung vollenden kann. Erst die der Einigung folgende Eintragungsbewilligung ist in unserem Sinne „unmittelbar" auf die Rechtsänderung gerichtet. Nicht automatisch

---

[1]) Ebenso Endemann, Bd. II S. 315 und die herrschende Meinung. A. M. Eccius, Gruchot Beiträge Bd. 48 S. 465 ff.; Sohm in „Kultur der Gegenwart" S. 57 und 58.

[2]) In diesem Falle ist es nur ein Spiel mit Worten ohne jede juristische Bedeutung, ob man die Einigung oder die in der Einigung gleichzeitig zum Ausdruck gebrachte Eintragungsbewilligung Verfügung nennt.

[3]) Vgl. § 11 a. E.

[4]) Ebenso Wilutzky, S. 56; vgl. § 11.

an die Einigung sich anschliessend, sondern vielmehr erst auf Grund der Eintragungsbewilligung folgt die Eintragung.[1])

Nicht die Einigung, wohl aber die Eintragungsbewilligung hat die Rechtsänderung unmittelbar zur Folge, nicht jene, sondern diese ist Verfügung im Sinne des B.G.B.

Zu dem gleichen Ergebnis kommen wir, wenn zwar eine formelle Einigung abgeschlossen ist, diese aber die Eintragungsbewilligung nicht enthält, weil den Formvorschriften der §§ 28, 29 der G.B.O. nicht genügt ist. Auch in diesem Falle ist nur die der Einigung nachfolgende Eintragungsbewilligung Verfügung zu nennen.

Eine dritte Möglichkeit ist ferner zu erörtern. Es kann die Einigung der Eintragung nachfolgen. Man denke sich, es gehe der Eigentümer A nach dem Grundbuchamte, bewillige und beantrage[2]) dort die Eintragung einer Buchhypothek für B, der ihm, wie er hofft, für diese Hypothek ein Darlehen geben wird. Die Eintragung erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob eine Einigung unter den Beteiligten zustande gekommen ist. Hierauf einigen sich A und B, nachdem die Hypothek für B bereits eingetragen war. Das B.G.B. verlangt Eintragung und Einigung zur Rechtsänderung, und erst, wenn A und B einig sind, erwirbt B die Hypothek.

Schweitzer vertritt den Standpunkt, dass die Eintragungsbewilligung als Offerte zur Einigung zu betrachten sei. Wir können dieser Ansicht nicht beipflichten. Eine Offerte kann in der Mitteilung gemäss § 55 der G.B.O. nicht gefunden werden, da das Subjekt dieser Mitteilung nicht der Eigentümer, sondern das Grundbuchamt ist. Die

---

[1]) Wenn wir in einem Vergleiche sprechen dürfen, so ist die formlose Einigung gleichsam ein gespannter Bogen, die Eintragungsbewilligung die Kraft, welche den Bogen aus der Spannung erlöst und damit den Erfolg herbeiführt.

[2]) Ueber das Verhältniss von Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag vgl. die § 19 gegebene Darstellung.

Eintragungsbewilligung ist dem Grundbuchamte gegenüber, nicht dem anderen Teile gegenüber abzugeben; sie ist nicht auf die Einigung, sondern auf die Eintragung gerichtet; erst auf Grund der letzteren will der Berechtigte dem anderen Teile eine Offerte machen.[1])

Die Eintragungsbewilligung als Voraussetzung der Eintragung kann wohl diese und die damit verbundene Wirkung vollenden, Bucheintrag, aber nicht Rechtsänderung bewirken, wenn die Einigung der Eintragung nachfolgt. Erst im Augenblick der Einigung hat der Passivbeteiligte die seinerseits erforderliche letzte Voraussetzung der Rechtsänderung erfüllt. Folgt also die Einigung der Eintragungsbewilligung nach, so ist die Einigung, nicht die Eintragungsbewilligung, die Verfügung im Sinne des B.G.B.

Es ist schliesslich noch denkbar, dass der Eintragungsbewilligung zwar die Eintragung, jedoch nicht die für die Rechtsänderung erforderliche Einigung der Beteiligten folgt.

A geht nach dem Grundbuchamte, bewilligt und beantragt dort die Eintragung einer Buch-Hypothek für B, worauf der Grundbuchbeamte die entsprechende Eintragung vornimmt Als nun A zu B kommt, um von diesem gegen die für ihn bereits eingetragene Hypothek ein Darlehen zu erlangen, weigert sich B, dem A ein solches zu gewähren. Nun ist A naturgemäss nicht damit einverstanden, dass B die unter der Voraussetzung der Gewährung eines Darlehens eingetragene Hypothek erwirbt. Die erforderliche Einigung ist also nicht zustande gekommen; B hat trotz der Eintragung eine Hypothek nicht erworben.

Welche Wirkung hat in diesem Falle die auf Grund der Eintragungsbewilligung des A erfolgte Eintragung? Von namhafter Seite[2]) wird in der Literatur die Ansicht

---

[1]) So Strecker, Ztschr. f. Z.P. Bd. 31 S. 162 ff.; Güthe Bd. I S. 337; Wunderlich S. 92.

[2]) Fuchs Bd. I S. 521; Oberneck Bd. II S. 43 ff.

vertreten, dass mit dieser Eintragung für den Eigentümer A eine Eigentümerhypothek entstanden sei, da § 1163 B.G.B. eine analoge Anwendung verlange; diese entspreche allein der Billigkeit und dem Verkehrsbedürfnisse. Mit der Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für B habe A gleichzeitig stillschweigend erklärt, dass für den Fall des Ausbleibens der Einigung mit B für ihn (A) gemäss § 1196 B.G.B. an der für B reservierten Stelle eine Eigentümergrundschuld entstehen solle. „Denn ist die Hypothek in der Person des Drittberechtigten nicht entstanden, so ist der Wille des Eigentümers als auf Begründung einer Eigentümergrundschuld anzusehen."[1])

Eine solche Interpretation der Eintragungsbewilligung wird u. E. durch die ausdrückliche Erklärung des A, er bewillige eine Hypothek für B, verboten,[2]) wie es denn auch denkbar ist, dass A an der Entstehung einer Eigentümergrundschuld durchaus nichts gelegen ist.[3]) Es mag zugegeben werden, dass ein ungerechtfertigtes Aufrücken der Nachhypothekare in den reservierten Rang erfolgen kann, wenn wir die Entstehung einer Eigentümergrundschuld bei mangelnder Einigung in Abrede stellen; andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass dem Eigentümer durch das Gesetz (§ 1196 B.G.B.) und durch eine der Eintragung vorangehende Einigung mit seinem zukünftigen Gläubiger Mittel gegeben sind, welche ein solches unbegründetes Aufrücken verhindern, sodass der Eigentümer eine eventuelle Schädigung selbst verschuldet.

Die angeführten Gründe für die Entstehung einer Eigentümerhypothek sind daher u. E. nicht ausschlaggebend,

---

[1]) Oberneck, Bd. II S. 45.

[2]) Oberneck Bd. I S. 224 urteilt gegen sich selbst: „Für den Grundbuchverkehr sind ausdrückliche Willenserklärungen erforderlich, stillschweigende genügen nicht."

[3]) z. B. bei Bestellung einer ersten Hypothek lediglich zur Erlangung von Barmitteln innerhalb des Feuerkassenwertes des Grundstücks.

um so weniger, als der Gesetzgeber eine analoge Anwendung des § 1163 B.G.B. auf den Fall der mangelnden Einigung nicht gewollt hat. Als in der Kommission für den Entwurf II des B.G.B. die Ausdehnung der Eigentümerhypothek auch auf den gegebenen Fall angeregt wurde, wurde diese von der Mehrheit abgelehnt, weil eine solche Bestimmung auf einer „Ueberspannung des Prinzipes der Eigentümerhypothek beruhe, und kein praktisches Bedürfnis vorliege.“[1]) Hätte der Gesetzgeber auch im gegebenen Falle die Entstehung einer Eigentümerhypothek zulassen wollen, so hätte es demnach einer ausdrücklichen Vorschrift bedurft. Diese ist im B.G.B. nicht gegeben; eine analoge Anwendung des § 1163 ist daher nicht zulässig.[2])

Die Eintragung hat folglich, abgesehen von ihrer Publizitätsfunktion, als solche keine Bedeutung. Die Eintragungsbewilligung hat in diesem Falle nur eine grundbuchliche Aufzeichnung zur Folge gehabt, welche irgendwelche rechtsändernde Wirkung nicht hat.

Die Eintragungsbewilligung ist daher hier keine Verfügung.

In den Fällen, wo nach den Vorschriften des B.G.B. eine einseitige Erklärung und die Eintragung zur Rechtsänderung genügen, ist die Verfügungseigenschaft der Eintragungsbewilligung allgemein anerkannt. Die Eintragungsbewilligung enthält stets die nach B.G.B. erforderte einseitige Erklärung (vgl. oben § 13). Mit der Abgabe der Eintragungsbewilligung vollzieht sich die weiterere Rechtsentwickelung unabhängig von weiteren Willensakten des Betroffenen.

---

[1]) Protokolle Bd. III S. 604.

[2]) Zustimmend Turnau-Förster Bd. I S. 912; ebenso K.G.E. in R.O.L.G. Bd. 8 S. 142 ff.

Die Eintragungsbewilligung ist hier eine Verfügung im Sinne des B.G.B.

Bei der Bewilligung der Eintragung einer Eigentümergrundschuld (§ 1196 B.G.B.) tritt zwar auf der subjektiven Seite eine rechtliche Verschiebung nicht ein, jedoch wird mit der Eigentümergrundschuld ein Wertteil des Grundstücks rechtlich gewissermassen mobilisiert, für seine wirtschaftliche Verwertung derartig verselbständigt, dass objektiv eine Rechtsänderung vorliegt. Diese Rechtsänderung hat die Eintragungsbewilligung unmittelbar zur Folge; letztere ist also eine Verfügung im Sinne des B.G.B.

§ 17.

2. Die Bewilligung der Eintragung einer Vermerkung.

In § 883 ist eine Ausnahme von dem Grundsatze enthalten, dass die Eintragung im Grundbuch auf ein bestehendes dingliches Recht hinweist. Es wird schon der Anspruch auf Rechtsänderung, soweit diese eintragungsfähige Rechte betrifft, für eintragungsfähig erklärt: „Zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Aenderung des Inhaltes oder des Ranges eines solchen Rechtes kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig."

Für den möglichst schnelle Erledigung verlangenden Verkehr ist zuweilen das formelle Verfahren in Grundbuchsachen zu beschwerlich; eine vorläufige Eintragung kann den künftigen Rechtserwerb sicherstellen. Andererseits ermöglicht die Vormerkung, in der Zukunft liegende rechtserhebliche Tatsachen zu berücksichtigen.

Obligatorische Ansprüche sollen gesichert werden; die Vormerkung soll gewissermassen als Vorbote einer

Umwandlung dieser obligatorischen Ansprüche in dinglich-rechtliche den Beteiligten Sicherheit bieten.

Eine Vormerkung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund einer Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten. (§ 885 B.G.B.). Nur der letztere Fall interessiert hier.

Von der rechtlichen Natur der Vormerkung hängt es ab, welchen rechtlichen Charakter wir der die Eintragung einer Vormerkung veranlassenden Eintragungsbewilligung zusprechen müssen. Es ist eine der schwierigsten und bestrittensten Fragen, welche Natur die Vormerkung hat; schwierig insbesondere deshalb, weil obligatorische Ansprüche gesichert werden sollen, diese Sicherung andererseits aber grosse Aehnlichkeit mit dem dinglichen Rechte zeigt. Es würde über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgehen, wollten wir diese Streitfrage erschöpfend behandeln;[1]) auf der anderen Seite müssen wir jedoch die hauptsächlichsten Differenzen in der Literatur hervorheben, um ein begründetes Urteil zu erlangen.

Man hat die Vormerkung als ein Veräusserungsverbot rechtlich charakterisieren wollen. Dieser Ansicht widerspricht vor allem, dass im Gegensatz zu den Veräusserungsverboten der §§ 135 und 136 B.G.B. die Vormerkung auch den Konkursverwalter bindet.

Von anderer Seite ist die Vormerkung als ein ius ad rem charakterisiert worden. Wie aus den Motiven[2]) hervorgeht, soll der Unterschied zwischen den dinglichen und obligatorischen Rechten ein ausschliesslicher sein. Dennoch ist die Meinung vertreten, dass das B.G.B. in dem Institut der Vormerkung unbewusst ein ius ad rem geschaffen

---

[1]) Vgl insbesonde die ausführlichen Erörterungen von Fuchs Bd. I S. 106 ff und Oberneck Bd. I S. 431 ff., sowie die dort angegebene Literatur.

[2]) Motive Bd. III S. 3.

habe. So behauptet Gierke,[1]) „das vorgemerkte persönliche Recht habe, so lebhaft dies in der Kommission bestritten wurde, die Natur eines ius ad rem.“ Die Gegner dieser Auffassung haben zweifellos die Dogmatik des B.G.B. für sich. Es wäre in das System des Gesetzes eine Irregularität hineingetragen, würde die Vormerkung wirklich die rechtliche Natur eines „Rechtes zur Sache“ haben. Wenn auch mit der Charakterisierung der Vormerkung als eines Rechtes zur Sache das System des Gesetzes durchbrochen wird, so kann eine ausschlaggebende Bedeutung aus diesem Umstande allein nicht gezogen werden. Jedoch auch das positive Recht gestattet die Annahme eines ius ad rem nicht. Letzteres charakterisiert sich insbesondere dadurch, dass auch Dritte wegen ihrer Bösgläubigkeit beim Rechtserwerb dem Obligationsberechtigten gegenüber verpflichtet werden. Dem durch eine Vormerkung Berechtigten tritt hingegen kein dritter Verpflichteter gegenüber, auch wenn dieser zum Nachteil des durch die Vormerkung gesicherten Rechtes eine Eintragung erwirken sollte. Der ursprünglich Verpflichtete bleibt aus der Vormerkung allein obligiert. Der im § 888 B.G.B. konstituierte Anspruch auf Zustimmung des Dritten hat lediglich in der Unrichtigkeit des Grundbuches seine Grundlage.[2])

Die Vormerkung ist bestimmt, einem später zu begründenden dinglichen Rechte die Stelle ihrer Eintragung zu sichern; sie gibt einem obligatorischen Anspruch dinglich ähnliche Kraft, sie ist jedoch nicht selbst dingliches Recht. Die Protokolle[3]) sprachen der Vormerkung die Eigenschaft einer Belastung und damit dingliche Rechtsqualität ab. Auch im geltenden Recht findet diese Auffassung ihre Begründung. Durch § 885 Abs. 2 einerseits,

---

[1]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 21 Anm. 50; derselben Ansicht ist Dernburg Bd. III S. 196.

[2]) Ebenso Biermann Anm. 2 zu § 883; Fuchs Bd. I S. 216.

[3]) Protokolle Bd. IV S. 586.

§ 874 andererseits ist die Vormerkung in einen Gegensatz zu dem Recht gestellt, mit dem ein Grundstück belastet wird. Der Abs. 2 des § 885 wäre überflüssig, wollte man diesen Gegensatz nicht anerkennen.[1]) Der Gegensatz ist unleugbar, die von Fuchs vertretene Ansicht der Dinglichkeit der Vormerkung hat somit im Gesetz keinen Ausdruck gefunden.

Die richtige Ansicht dürfte diejenige sein, welche in der Vormerkung ein eigenartiges Sicherungsrecht nach dinglicher Art findet. Der obligatorische Anspruch wird durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert, in positiver Hinsicht, insofern die künftige endgültige Eintragung mit dem Range der Vormerkung ausgestattet wird, in negativer Hinsicht, insofern sämtliche Verfügungen unwirksam sind, soweit sie den gesicherten obligatorischen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden.

Dieses Sicherungsrecht schafft aber noch nicht ein dingliches Recht, letzteres entsteht vielmehr erst mit der endgültigen Eintragung. Nicht die Eintragung der Vormerkung, sondern erst die endgültige Eintragung wirkt konstitutiv, nicht die Bewilligung jener, sondern dieser veranlasst unmittelbar die Rechtsänderung. Wir können folglich der Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung Verfügungseigenschaft nicht zuerkennen.[2])

II. Deklaratorische Eintragungen.

§ 18.

Die Bewilligung der Berichtigung und der Eintragung eines Widerspruchs.

Es bleibt noch zu untersuchen, welche rechtliche Natur die Bewilligung einer deklaratorischen Eintragung nach § 894 B.G.B. besitzt, ob die Berichtigungsbewilligung Verfügung ist.

[1]) Auch § 1971 B.G.B. lässt auf den Unterschied zwischen Vormerkung und dinglichem Rechte schliessen; vgl. Biermann Bd. III S. 63.

[2]) Ebenso Planck, Bd. III S. 116.

Der in § 894 konstituierte Anspruch hat die rechtliche Natur einer actio negatoria und geht auf die Erteilung der Zustimmung zur Grundbuchberichtigung. Diese Zustimmung ist identisch mit der Bewilligung des § 22 G.B.O., wie allgemein in der Literatur anerkannt wird. Es wäre praktisch völlig irrelevant, als Leistung nach § 894 eine nicht mit der Eintragungsbewilligung der G.B.O. übereinstimmende Erklärung zu verlangen, da eine nicht den Formvorschriften der G.B.O. genügende Bewilligung das Tätigwerden des Grundbuchamtes nicht veranlassen kann.

Die Berichtigungsbewilligung ist gerichtet auf Richtigstellung des Grundbuches, auf Eintragung der wirklichen Rechtsverhältnisse. Durch die dem Grundbuche gegebene Stellung im Verkehr, insbesondere mit Rücksicht auf die Publizitätsfunktion derEintragung, welche dem Eingetragenen gutgläubigen Dritten gegenüber Verfügungsmacht verleiht, ist die Berichtigungsbewilligung von grösster Bedeutung. Die auf Grund der Berichtigungsbewilligung vorgenommene Eintragung kann zwar als Grundlage für einen späteren Rechtserwerb durch dritte Personen dienen; für die rechtlichen Verhältnisse der unmittelbar Beteiligten bleibt jedoch die Berichtigungsbewilligung ohne jede rechtsändernde Kraft, da die Berichtigung ja nur eine Verlautbarung des bereits bestehenden, nur unrichtig eingetragenen Rechtszustandes ist.

Man wird daher der Berichtigungsbewilligung den rechtsgeschäftlichen Charakter nicht absprechen können; jedoch kann von einer Rechtsänderung, einer dinglichen Einwirkung auf Rechtsverhältnisse nicht die Rede sein. Gegen die Ansicht Predaris können wir der Berichtigungsbewilligung Verfügungseigenschaft nicht zuerkennen. Im Verhältnis der Beteiligten wird durch die Berichtigung in der materiellen Rechtslage keine Aenderung bewirkt, sondern nur eine dem wirklichen Rechtszustande durch die unrichtige Eintragung drohende Gefahr beseitigt.

Die Berichtigungsbewilligung ist auf Buchänderung, nicht auf Rechtsänderung gerichtet; sie ist nicht Verfügung im Sinne des B.G.B.[1])

Noch weniger kann demnach die Bewilligung der Eintragung eines Widerspruches (§ 899 B.G.B.), der eine vorzunehmende Berichtigung nur sichern soll, die Eigenschaft einer Verfügung besitzen.

Wir haben also als Ergebnis unserer Untersuchung festgestellt:

Die Eintragungsbewilligung ist stets ein Rechtsgeschäft; sie hat die Eigenschaft einer Verfügung, wenn es sich um die Bewilligung endgültiger konstitutiver Eintragungen handelt, mit Ausnahme des Falles, wo die Einigung der Eintragungsbewilligung nachfolgt oder trotz vorangegangener Eintragungsbewilligung nicht zustande kommt. In anderer Erscheinung, als Bewilligung der Vormerkung, der Berichtigung oder des Widerspruches kann die Eintragungsbewilligung als Verfügung nicht bezeichnet werden.

Schlussbemerkung.

§ 19.

Das Verhältnis von Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag.

Mit einem Worte sei noch das Verhältnis von Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag erwähnt. Der Eintragungsantrag ist wie die Eintragungsbewilligung eine Willenserklärung, welche auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, auf die Eintragung abzielt; er ist also ein Rechtsgeschäft. Der Eintragungsantrag muss stets der Eintragungsbewilligung entsprechen, da diese die seitens des Passivbeteiligten gegebene Grundlage für die Rechts-

---

[1]) Ebenso Schweitzer.

änderung ist; er wird oft mit der Eintragungsbewilligung zusammenfallen, wie denn ein den Formvorschriften des § 29 G.B.O. entsprechender Eintragungsantrag als stärkster Ausdruck der Bewilligung der entsprechenden Eintragung aufzufassen ist.

Darin, dass der Eintragungsantrag nicht nur von dem Passivbeteiligten gestellt werden kann, sondern von „jedem, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll" (§ 13 Abs. 2 G.B.O.), liegt der grosse und wesentliche Gegensatz zur Eintragungsbewilligung. (§ 19 G.B.O.) Wenn der Eintragungsantrag wie die Eintragungsbewilligung nur von dem Passivbeteiligten gestellt werden könnte, so müsste der Passivbeteiligte nach der abgegebenen Eintragungsbewilligung nochmals tätig werden, um die gegebenenfalls mit der Eintragung eintretende Rechtsänderung herbeizuführen. Durch die Bestimmung des § 13 Abs. 2 G.B.O. ist hingegen nach abgegebener Eintragungsbewilligung die Eintragung und die sich mit ihr vollendende Rechtsänderung von dem Willen des Passivbeteiligten unabhängig gemacht, da der andere Teil durch seinen Antrag die Eintragung herbeiführen kann.[1]) Schon mit der Eintragungsbewilligung hat der Passivbeteiligte „verfügt".

Dieser Gegensatz zwischen den Subjekten der Eintragungsbewilligung und des Eintragungsantrages, wie er in den §§ 19 bezw. 13 Abs. 2 G.B.O. zum Ausdruck kommt, ist der beste Beweis, dass Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag nicht auf die gleiche Stufe zu stellen sind.

[1]) Auch in der Praxis stellt in der Regel der gewinnende Teil den Eintragungsantrag; z. B. A bewilligt die Löschung einer Hypothek (Verfügung), B als Eigentümer beantragt die Löschung.

Lebenslauf.

Ich wurde am 18. August 1885 zu Berlin als Sohn des Musikdirektors Friedrich Gerloff und seiner Ehefrau Maria geb. Lüdke geboren. 1895 bis 1904 besuchte ich das Realgymnasium zu Perleberg. Ich studierte auf den Universitäten Marburg und Berlin und bestand am 8. Mai 1908 am Kammergericht zu Berlin das Referendarexamen. Meine erste praktische Ausbildung erhielt ich am Kgl. Amtsgerichte zu Perleberg. Am 1. Dezember 1909 bestand ich an der Universität Erlangen das Doktorexamen.